

Sygn. akt: KIO 2120/24

WYROK

Warszawa, dnia 10.07.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 r. przez odwołującego: **Orange Polska S.A. z/s w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 160, 02326 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie** (ul. Małopolska 47, 70515 Szczecin),

przy udziale Uczestnika po stronie zamawiającego: **M.F.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **TMF Poland M.F. z/s w Szczecinie** (ul. Langiewicza 3a/1, 70-263 Szczecin),

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **Orange Polska S.A. z/s w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 160, 02326 Warszawa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

.....

Sygn. akt: KIO 2120/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024r. przez wykonawcę: **Orange Polska S.A. z/s w Warszawie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: **Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych Ethernetowych dla jednostek Policji województwa zachodniopomorskiego” – Część 1. Znak sprawy: ZZ-2380150/23. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 26.12.2024 r., Numer ogłoszenia TED: S 248/2023 00788126-2023.

Wykonawca podał: (...)

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a jednocześnie na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę. Oferta Odwołującego w Części I zamówienia została sklasyfikowana na drugim miejscu, jednocześnie Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy **TMF Poland TruNet M.F.** (dalej „TMF”), który złożył ofertę z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także który w złożonych wyjaśnieniach nie uzasadnił wysokości zaoferowanej w ofercie ceny, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty TMF. Wobec powyższego, należy uznać Odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp”.

Zamawiającemu zarzucił dokonanie następujących czynności niezgodnych z ustawą i zaniechanie dokonania czynności, do których był on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TMF pomimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, z uwagi na fakt, że TMF nie uwzględnił w kalkulacji ceny oferty wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ, związanymi z terminem uruchomienia usług, świadczeniem usług SLA, możliwością wcześniejszego zakończenia umowy - co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

2. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TMF pomimo, iż złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, z uwagi na fakt, że TMF w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił założeń i nie wykazał uwzględnienia wszystkich kosztów, jakie będzie musiał ponieść realizując zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ - - co stanowi naruszenie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Odrzucenie oferty wykonawcy TMF z uwagi na to, że złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę

w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3.Odrzucenie oferty wykonawcy TMF z uwagi na to, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny nie uzasadniają ceny podanej w ofercie;

4.Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odrzuconej.

(...)

W uzasadnieniu podał:

Zamawiający w prowadzonym Postępowaniu w dn. 5 czerwca 2024 r. poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 1 zamówienia złożonej przez wykonawcę TMF Poland TruNet M.F.. Wybór oferty TMF jako najkorzystniejszej należy uznać za nieprawidłowy z następujących przyczyn:

1.Zamawiający w dn. 28.03.2024 r. na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy wezwał wykonawcę TMF do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w złożonej w Postępowaniu ofercie.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia powinny zawierać konkretne dane liczbowe i poczynione założenia, a więc kalkulację z uzasadnieniem popartą dowodami. Zamawiający wskazał również, że wykonawca winien wykazać co spowodowało możliwość zaoferowania danego poziomu ceny, jej obniżeniu oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Wyjaśnienia powinny również wykazać, że cena oferty pokrywa co najmniej koszty świadczenia dostawy na cały okres obowiązywania umowy.

2.Następnie w dn. 10.04.2024 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy wezwał wykonawcę TMF do udzielenia wyjaśnień dotyczących różnic w kalkulacji przedstawionej przez TMF, a także do odpowiedzi na pytania gdzie wykonawca uwzględnił koszty utrzymania uruchomionych łączy na minimum 7 dni kalendarzowych przed rozpoczęciem świadczenia usług, gdzie wykonawca uwzględnił koszty przeprowadzenia testów nowo uruchomionych łączy, oraz na jakim poziomie czasowym wykonawca uwzględnił w cenie oferty SLA.

3.Z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę TMF w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego wynika, że oferta TMF zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4.Niezależnie od faktu, że z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę TMF wynika, że oferta TMF zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, wyjaśnienia te wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

5.W pierwszej kolejności należy podkreślić fakt, iż z wyjaśnień TMF oraz z załączonych dowodów wynika, że wykonawca TMF nie wykazał, że otrzymał ofertę na świadczenie usług przez Orange Polska S.A. w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. TMF oświadczył w złożonych wyjaśnieniach, że usługi dzierżawy łączy oraz usługi SLA realizowane będą przez poddostawcę – Orange Polska S.A., przy czym poza lakonicznymi oświadczeniami o przyjętym koszcie tych usług nie przedstawił oferty od Orange Polska S.A. na świadczenie usług w sposób wymagany przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

6.Z całą pewnością za ofertę nie można uznać pliku excel z informacją o wysokości opłat instalacyjnych i opłat za usługi SLA w poszczególnych lokalizacjach, oznaczonego przez TMF jako „dowód nr 1 – oferta Orange HURT na dzierżawę światłowodów”.

Należy podkreślić, że przedstawiony przez TMF dokument nie został podpisany przez pełnomocnika Orange Polska S.A. Dowód 1 - plik excel z informacją o wysokości opłat instalacyjnych i opłat za usługi SLA w poszczególnych lokalizacjach załączony do wyjaśnień TMF z dn. 2.04.2024 r.

7.Przed wszystkim jednak przedstawiony przez TMF dokument nie potwierdza zarówno warunków cenowych świadczenia usług, jak też równie bardzo istotnych z punktu widzenia wykonania zamówienia warunków samego sposobu świadczenia usługi.

8.W przedstawionym przez TMF pliku excel zawierającym informacje o wysokości opłat instalacyjnych i opłat za usługi SLA w poszczególnych lokalizacjach brak jest informacji o oferowanych przez Orange Polska S.A. warunkach dla trzech kluczowych z punktu widzenia świadczenia usługi elementów jak:

1. Gwarancja terminu uruchomienia usług i czasu jaki podwykonawca Orange Polska potrzebuje na przygotowanie infrastruktury pod świadczenie usług.

1) Dokumenty przedstawione przez TMF nie wskazują na fakt, że TMF otrzymał od podwykonawcy niezbędne gwarancje terminowego uruchomienia usług wynikających z założeń SWZ (termin uruchomienia usług powodujących ich ciągłość świadczenia) - które wraz z przedłużającą się procedurą wyboru wykonawcy w Postępowaniu mogą mieć kluczowe znaczenie dla ostatecznej kalkulacji ceny oferty TMF chociażby pod względem zabezpieczenia środków z tytułu kar za nieterminowe uruchomienie usług. Odwołujący - jako właściciel infrastruktury, z której wykonawca TMF zamierza skorzystać, dysponuje dokładną wiedzą o braku kompletnych warunków technicznych we wszystkich lokalizacjach objętych przedmiotem zamówienia, a także – co istotne – o konieczności wykonania inwestycji w 3 lokalizacjach Zamawiającego:

• 72-600 ŚWINOUJŚCIE, UL. SOSNOWA 8

Przyłącze: Budowa kanalizacji 2m w ziemi w działce drogowej miejskiej + 12m z działki Klienta + wciągnięcie kabla 120m w kanalizacji

Projekt budowlany

Termin realizacji: 28 tygodni od zlecenia inwestycji do wykonawcy – gdzie moment zlecenia inwestycji jest liczony od dnia podpisania umowy pomiędzy TMF a Orange Polska.

• 73-155 WĘGORZYNO, UL. RUNOWSKA 40

Przyłącze: Budowa przyłącza w kanalizacji 260m

Projekt wykonawczy

Termin realizacji: 22 tygodni od zlecenia inwestycji do wykonawcy – gdzie moment zlecenia inwestycji jest liczony od dnia podpisania umowy pomiędzy TMF a Orange Polska.

• 72-310 PŁOTY, UL. DWORCOWA DZ.320504_4.0001.196/22

Budynek w trakcie wykańczania w środku

Przyłącze: Budowa kanalizacji 40m w ziemi+ wciągnięcie kabla 250m w kanalizacji +nabudowanie studni na kanalizacji

Projekt budowlany

Termin realizacji: 32 tygodni od zlecenia inwestycji do wykonawcy – gdzie moment zlecenia inwestycji jest liczony od dnia podpisania umowy pomiędzy TMF a Orange Polska.

2) Odwołujący – na podstawie wyjaśnień udzielonych przez TMF i załączonych dowodów - domniemywa, że umowa w przedmiocie realizacji budowy łączy we wskazanych wyżej lokalizacjach pomiędzy TMF a Orange Polska w ślad za brakiem rozstrzygnięcia Postępowania nie nastąpiła. Powoduje to, iż pełna realizacja przedmiotu zamówienia w terminie określonym w dokumentach zamówienia nie jest już możliwa.

II. Termin niezbędny na instalację usług

1) Jak wynika z wyjaśnień udzielonych przez TMF wykonawca ten nie uwzględnił również w kalkulacji ceny oferty odpowiedniego czasu niezbędnego na wykonanie instalacji usług i związanych z tym kosztów. Zakładając realny czas, jaki wykonawca ma do określonego w SWZ terminu uruchomienia usług, w przypadku potencjalnego rozstrzygnięcia postępowania do dnia 30 czerwca 2024 r. wykonawca będzie miał 31 dni kalendarzowych, a więc 23 dni robocze na przygotowanie usług do ich świadczenia.

2) Podkreślić należy, że w skład przygotowania do świadczenia usług wchodzi instalacja usług i ich testowanie. A biorąc pod uwagę wymaganie Zamawiającego określone w par. 3 ust 4 umowy: „Wykonawca przekaże Zamawiającemu nowo uruchamiane łącze na minimum 7 dni kalendarzowych przed terminem rozpoczęcia dzierżawy celem ich sprawdzenia, przeprowadzenia testów funkcjonalnych i przygotowania do podłączenia urządzeń Zamawiającego”, czas na przygotowanie usług to nie 23 dni robocze, ale faktycznie 18 dni roboczych, bowiem działające łącza mają zostać oddane na 7 dni przed terminem uruchomienia usługi, czyli 24 lipca br.

Dowód nr 2 – wyjaśnienia TMF z dn. 2.04.2024 r.

3) Tymczasem sam wykonawca TMF w udzielonych wyjaśnieniach z dn. 2.04.2024 r. oświadczył, że na wykonanie przedmiotu zamówienia potrzebuje około 2 miesięcy, cyt.: „pkt 11. Koszty instalacyjne Wykonawcy związane z podłączeniem poszczególnych jednostek zostały obliczone w oparciu o założenie, że:

2) Wykonawca w terminie dwóch miesięcy od podpisania Umowy do uruchomienia dzierżawy podłączy ok. dwie jednostki dziennie zakładając 21 dni roboczych w miesiącu, zostawiając bufor 10 dni roboczych na możliwy spadek wydajności,”

4) Zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ wykonawca będzie potrzebował co najmniej 33 dni roboczych na zestawienie łączy, o ile w trakcie nie wydarzy się nic co mogło by zakłócić te założenia. TMF, zgodnie z oświadczeniem zawartym w wyjaśnieniach mając tego świadomość złożył sobie około 10 dni na ta ewentualność.

Analiza wyjaśnień udzielonych przez TMF wskazuje, że wykonawca ten przyjął założenie, iż w celu uruchomienia usług będących przedmiotem zamówienia realnie potrzebne jest około 2 miesięcy. Jednocześnie TMF nie uwzględnił w kalkulacji ceny kosztów ewentualnej zwłoki w terminie uruchomienia, kosztów ewentualnego przyspieszenia (o ile jest to możliwe), ani też kar z tytułu nieterminowego uruchomienia usług Wykonawcy.

Należy zwrócić uwagę, że zakres kar z powyższych tytułów przewidzianych przez Zamawiającego w par. 9 pkt 1 umowy jest znaczny, cyt.:

„1. Zamawiający ma prawo naliczenia kar umownych:

2) w razie nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę w inny sposób niż poprzez zwłokę w rozpoczęciu świadczenia usługi lub przerwy w świadczeniu usługi, Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną naliczoną osobno dla każdej z relacji, której dotyczy powyższe nienależyte wykonanie umowy, w wysokości 0,2 % wartości brutto przedmiotu umowy, którego dotyczy powyższe nienależyte wykonanie umowy, określonej w załączniku nr 2 do umowy.

3) w razie zwłoki przez Wykonawcę rozpoczęcia świadczenia usługi w stosunku do terminu umownego, Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną naliczoną osobno dla każdej z relacji, której dotyczy zwłoka, w wysokości 0,5 %

wartości brutto przedmiotu umowy, którego dotyczy zwłoka, określonej w załączniku nr 2 do umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

4)w razie zwłoki przez Wykonawcę oddania nowo uruchamianego łącza, w stosunku do terminu, o którym mowa w § 3 ust. 4 umowy, Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną naliczoną osobno dla każdej z relacji, której dotyczy zwłoka, w wysokości 0,2 % wartości brutto przedmiotu umowy, którego dotyczy zwłoka, określonej w załączniku nr 2 do umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki."

III. Ryzyka związane z wypowiedzeniem przez Zamawiającego zawartej umowy na świadczenie usług

1)Na podstawie wyjaśnień udzielonych przez TMF wraz z dowodem nr 3 – Przykładowa umowa na dzierżawę światłowodów, można przyjąć domniemanie że wykonawca TMF otrzymał od Orange Polska ofertę nie uwzględniającą możliwości wcześniejszego wypowiedzenia.

Jak Odwołujący wskazał wyżej, TMF nie przedstawił dowodu w postaci oferty Orange Polska z warunkami świadczenia usług, a wyłącznie informacje o cenach.

2)Załączona przez TMF jako dowód nr 3 umowa wyraźnie określa termin, na jaki ta umowa zostanie zawarta, tj. 36 miesięcy.

Dowód nr 3 - umowa na dzierżawę światłowodów załączona jako dowód nr 3 do wyjaśnień TMF z dn. 2.04.2024 r.

3)Fakt powyższy ma istotne znaczenie z tego powodu, że sieć WAN której organizatorem i płatnikiem jest Komenda Główna Policji, jest na etapie znaczących zmian organizacyjnych.

Dotychczasowa praktyka, w której to Komendy Wojewódzkie Policji samodzielnie organizowały postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi związane z zapewnieniem łączności telekomunikacyjnych, ma się zakończyć już niebawem, a postępowania na usługi sieci transmisji danych mają być w formie skonsolidowanej ogłaszane i realizowane przez wspomnianą Komendę Główną Policji.

Dowodem na powyższe są:

Dowód nr 4- ogłoszenie Komendanta Głównego Policji o prowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych dotyczących: Centralizacji zakupu usługi dzierżawy łączności telekomunikacyjnych eksploatowanych przez Policję dla potrzeb Jednostek Szczegółowego Podstawowego na terenie

kraju;

Dowód nr 5 – Zaproszenie Komendanta Głównego Policji na spotkanie w ramach wstępnych konsultacji rynkowych pn. „Centralizacja zakupu usługi dzierżawy łączności telekomunikacyjnych eksploatowanych przez Policję dla potrzeb Jednostek Szczegółowego Podstawowego na terenie kraju”

Dowód nr 6 - Opis przedmiotu wstępnych konsultacji rynkowych dotyczących projektu centralizacji zakupu usługi dzierżawy łączności telekomunikacyjnych eksploatowanych przez

Policję dla potrzeb Jednostek Szczegółowego Podstawowego na terenie kraju

4)Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie jest świadoma powyższego faktu. Dowodzi tego treść umowy zawartej w 2021 r. w postępowaniu na świadczenie usługi dzierżawy łączności telekomunikacyjnych na rzecz KWP w Szczecinie oraz jednostek jej podległych od operatora telekomunikacyjnego, w której brak jest postanowień o możliwości wcześniejszego rozwiązania tej umowy z powodów innych niż brak interesu publicznego w realizacji umowy, zagrożenie istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, i rażące nieprzestrzeganie przez wykonawcę warunków umowy (§ 10 umowy).

dowód nr 12 – wzór umowy w postępowaniu na świadczenie usługi dzierżawy łączności telekomunikacyjnych na rzecz KWP w Szczecinie oraz jednostek jej podległych od operatora telekomunikacyjnego z 2021 r.

5)Tymczasem we wzorze umowy w Postępowaniu wprowadzone zostało postanowienie o możliwości wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy w każdym momencie z wypowiedzeniem 3 miesięcy – par. 12 ust. 1 umowy.

Dowód nr 13 – wzór umowy w postępowaniu na świadczenie usługi dzierżawy łączności telekomunikacyjnego na rzecz KWP w Szczecinie oraz jednostki jej podległej od operatora telekomunikacyjnego - sygnatura sprawy ZZ-2380-150/23

Tożsamy zapis w umowie z roku 2020 nie ma bowiem na tamten czas nie były prowadzone działania konsolidacyjne w zakresie sieci WAN.

6)Okoliczności opisane w pkt 4) i 5) wyżej skutkują znacznym ryzykiem powstania dodatkowych kosztów wykonania zamówienia, w szczególności jeżeli wykonawca nie jest właścicielem sieci, a jedynie ją wynajmuje od podwykonawcy – jak to ma miejsce w przypadku TMF. Jak wskazują dowody przedstawione przez TMF wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi kalkulacji ceny oferty tego wykonawcy, nie zabezpieczył on odpowiednio warunków oferty od podwykonawcy na okoliczność tych ryzyk w taki sposób, aby umożliwić wcześniejsze zakończenie umowy podpisanej przez siebie z Orange Polska, gdy Zamawiający skorzysta z prawa do wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skutkiem tego w przypadku, gdy doszłoby - a wszystko na to wskazuje – do sytuacji, w której Zamawiający wypowiedziałby wcześniej umowę w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca TMF musi nadal zapłacić koszty wynikające z zawartej na 36 miesięcy umowy z Orange Polska. Kosztów tych TMF nie pokryje z przychodów z umowy z

Zamawiającym, która ulegnie wcześniejszemu rozwiązaniu.

7) Przeprowadzona przez Odwołującego uproszczona analiza na bazie szacunkowych założeń i elementów kosztowych zawartych w wyjaśnieniach TMF oraz kalkulacji kosztów sporządzonej przez TMF Dowód nr 14 wskazuje, iż TMF aby pokryć koszty umowy z operatorem Orange Polska potrzebuje gwarancji na poziomie co najmniej 17 miesięcy świadczenia usługi.

Kalkulacja na podstawie wyjaśnień TMF - miesięczny przychód TMF z tytułu świadczenia usługi

cena łączna	ilość łączy	miesięczne przychody
869,00	63	54 747,00 zł
974,80	2	1 949,60 zł

ŁĄCZNIE 56 696,60 zł

Kalkulacja na podstawie dowodu nr 2 załączonego do wyjaśnień TMF z dn. 2.04.2024 r. - zobowiązania 36 miesięczne do Orange Polska

miesięczna dzierżawa łączy	SLA	instalacja miesięcznie	urządzenia miesięcznie	miernik	Łącze 10G ul. Małopolska	miesięczny koszt	ilość łączy	czas trwania usług	całkowite koszty
290	58	18	8,5	4,2	14,3	393	63	36	891 324,00
290	58	21,6	10	4,2	17,2	401	2	30	24 060,00

ŁĄCZNIE 915 384,00

8) Kalkulacja powyższa jest przygotowana wyłącznie na podstawie nie do końca precyzyjnych kalkulacji samego wykonawcy TMF, bowiem zgodnie z jego założeniami opisanymi w piśmie z dnia 2.04.2024 r., cyt.:

„ 9. Wykonawca wyjaśnia, że na przedmiotową kwotę w rozbiciu miesięcznym dla każdej z lokalizacji odrębnie składa się:

- koszt dzierżawy łączy od poddostawcy, który z uwagi na ilość udostępnianych łączy – 65 lokalizacji, w tym udostępnienie Zamawiającemu łączy przed rozpoczęciem dzierżawy celem ich sprawdzenia - wynosi dla każdej z lokalizacji 290 złotych netto/msc, - koszt zapewnienia SLA przez poddostawcę – 58 złotych netto/msc,
- opłata instalacyjna – 18 złotych netto/msc,
- urządzenie końcowe – 8,5 złotych netto/msc,
- koszt najmu certyfikowanych urządzeń w zakresie poprawnej pracy w sieciach Metro Ethernet – 4,2 złote netto/msc,
- koszty własne związane z podłączeniem urządzeń Wykonawcy (koszty dojazdu, paliwa, pracownika etc.) – 28 złotych netto/msc,
- koszty dodatkowego pracownika zatrudnionego na pół etatu do monitorowania oraz obsługi funkcjonowania dzierżawionych łączy oraz przyjmowania zgłoszeń Zmawiającego, na wypadek niedyspozycyjności pozostałych pracowników – 38,4 złotych netto/msc, -zapewnienie odpowiedniej przepustowości łączy dla KWP Szczecin przy ul. Małopolskiej – 14,3 złotych netto/msc,
- koszt urządzenia końcowego, narzędzi, materiałów niezbędnych do podłączenia KWP Szczecin przy ul. Małopolskiej – 1 złoty netto/msc.

10. Po zsumowaniu powyższych kosztów w dalszym ciągu otrzymujemy wartość równą 521,90 złotych netto miesięcznie na każdą jednostkę odrębnie. Kwota pomiędzy powyższymi kosztami, a wartością oferowanej ceny przez Wykonawcę wynosząca około 408,60 złotych netto pozostała zarezerwowana na wypadek:

- 1)skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do skrócenia okresu dzierżawy,
- 2)konieczności dojazdów Wykonawcy do jednostek Zamawiającego w przypadku ponadnormatywnej liczby awarii,
- 3)zapewnienia bieżącej obsługi,
- 4)wsparcie serwisowe urządzeń sieciowych Zamawiającego,
- 5)pozostałe koszty prowadzenia działalności Wykonawcy (utrzymanie siedziby, powierzchni magazynowych, amortyzację sprzętu etc.).”

9) Jak wskazuje sam wykonawca TMF wartość miesięcznego kosztu jest wyższa niż

wynikająca z kalkulacji przygotowanej przez Odwołującego i przedstawionej w pkt 7) wyżej, i wynosi według TMF 521,90 zł netto, gdy tym czasem ta wartość na bazie oświadczenia w pkt 9 z wyjaśnień z dn. 2.04.2024 r. wynosi 460,4 zł netto.

Jest to dowód, że sam wykonawca TMF przyjął niespójne założenia i kwoty w kalkulacji ceny oferty, co oznacza, że TMF nie ustalił prawdziwych kosztów, jakie należy ponieść w związku z realizacją zamówienia.

10) Gdyby wykonawca TMF zwrócił się do podwykonawcy o przedstawienie kompleksowej oferty gwarantującej wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami opisanymi w SWZ, w nie zapytał wyłącznie o kilka wybranych świadczeń w celu uzyskania preferencyjnych warunków cenowych, z pewnością otrzymałby ofertę która nie nosiłaby znamion tak atrakcyjnej.

Odwołujący posiada wiedzę również z własnego doświadczenia, że umowy zawierane na dłuższy i gwarantowany czas posiadają zdecydowanie korzystniejsze dla użytkownika warunki cenowe. Zatem posiadana przez TMF oferta od

podwykonawcy wyglądała by zupełnie inaczej dla różnych – dłuższych i krótszych – okresów świadczenia usługi. Jako dowody na powyższe Odwołujący przedstawia oferty, jakie otrzymuje od swoich podwykonawców dla przykładowych lokalizacji na różne czasy trwania umowy.

Dowód nr 7 – oferta S&T Poland Sp. z o.o. (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

Dowód nr 8 i 9 – oferta Hurtownia Motoryzacyjna Gordon Sp. z o.o. (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

Dowód nr 10 – oferta Nationale Nederlanden Usługi Finansowe S.A. (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

Dowód nr 11 – oferta Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

Jak wskazują powyższe dowody im czas świadczenia usług jest dłuższy, tym cena jednostkowa czy to za opłaty instalacyjne czy abonamentowe jest zdecydowanie atrakcyjniejsza.

IV. Zapewnienie SLA na poziomie 1 godziny

1) Wykonawca TMF zaoferował w ofercie usługi SLA na poziomie 1 godziny. Zamawiający, po weryfikacji wyjaśnień TMF z dn. 2.04.2024 r. zwrócił się o informację, na jakim poziomie czasowym wykonawca uwzględnił w cenie oferty SLA.

2) Powyższy fakt ma istotne znaczenie dla prawidłowego skalkulowania ceny oferty, gdyż podwykonawca zaoferował TMF usługi SLA na poziomie 4 godzin.

Tym samym TMF nie posiada od podwykonawcy będącego właścicielem sieci oferty na zaoferowane w ofercie usługi SLA na poziomie 1 godziny. W takiej sytuacji koniecznym jest uwzględnienie w kalkulacji ceny ryzyka związanego z zapłatą kar za niedotrzymanie parametrów świadczenia usług.

3) Zgodnie z par. 9 pkt 5 umowy, w razie zwłoki przez Wykonawcę usunięcia awarii w stosunku do terminu określonego w załączniku nr 2 do umowy, Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną w wysokości 25 zł brutto za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki. W świetle tego postanowienia każda awaria do gwarantowanych przez Orange Polska 4 godzin powinna zakładać wartość przekroczenia i dodatkowy koszt w kwocie 75 zł, który nie został uwzględniony przez TMF w kalkulacji kosztowej.

4) Dodatkowo należy nadmienić iż wskazany w ofercie Orange Polska poziom usunięcia awarii na poziomie 4 godziny to nie czas gwarantowany, a jedynie przyspieszony czas usunięcia awarii względem standardowego czasu usunięcia awarii, który trwa 24 godziny. Tym samym wiele awarii z tytułu tak krótkiego czasu może nie zostać usunięta, co wiąże się z dodatkowymi opłatami dla Zamawiającego z tytułu bonifikat, które zostały przez wykonawcę TMF całkowicie pominięte w kalkulacji ceny oferty.

5) Z udzielonych przez TMF wyjaśnień, ani z przedłożonych dowodów nie wynika, że TMF posiada ofertę od Orange Polska z zobowiązaniem, że podwykonawca pokryje koszty przedłużającej się awarii zgodnie z karami określonymi we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SWZ. Jeżeli podwykonawca nie zadeklarował przejęcia takich kar, to kara w wysokości 25 zł za każdą godzinę awarii będzie naliczana do momentu zakończenia awarii, co dodatkowo obciąży wykonawcę TMF.

6) Wykonawca TMF wskazuje w swoich wyjaśnieniach z dn. 2.04.2024 r. w pkt 7 iż, cyt.:

„Bezpośredni wpływ na możliwość zaproponowania oferowanej ceny ma również brak skomplikowanych struktur organizacyjnych Wykonawcy. Wykonawca prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, która nie jest obciążona ponoszeniem wielomilionowych kosztów prowadzenia działalności (np. kosztów zarządu, utrzymania sieci punktów stacjonarnych, kosztów prowadzenia skomplikowanej księgowości etc.). Wykonawca również osobiście świadczy usługi wraz ze swoimi współpracownikami oraz jest personalnie zaangażowany w prowadzenie działalności, co również pozwala oferować konkurencyjne ceny względem wielkich korporacji.”

Brak jest jednak w tych wyjaśnieniach informacji istotnej dla kalkulacji ceny oferty, tj. w jaki sposób TMF jest w stanie sobie poradzić w przypadku przedłużających się skomplikowanych awarii, na których usunięcie nie będzie miał wpływu i będzie uzależniony w tym zakresie od swojego podwykonawcy. Z treści wyjaśnień nie wynika, czy TMF posiada zabezpieczenie w postaci pełnej rekompensaty kar, jakie nałoży na niego Zamawiający z tego tytułu.

7) TMF w wyjaśnieniach z dn. 2.04.2024 r. podkreśla, że nie posiadając wskazanych wcześniej wielomilionowych kosztów prowadzenia działalności, ze względu na skalę swojej działalności dysponuje również zdecydowanie bardziej ukierunkowanym i wyspecjalizowanym zapleczem technicznym w ramach zapewnienia ciągłości świadczenia usług niż inny Oferenci, ponieważ Zamawiający w przypadku awarii zgłaszając zdarzenie łączy się bezpośrednio z osobą ze strony Wykonawcy posiadającą pełen dostęp do systemu, odpowiednio wykwalifikowaną, potrafiącą zareagować natychmiastowo, bez konieczności przełączania pomiędzy infolinią a działem technicznym operatora, co znajduje bezpośrednie przedłożenia na ciągłość zapewnienia usług.

Oświadczenie to podważa założenia przyjęte do kalkulacji ceny, gdyż poddaje w wątpliwość możliwość samodzielnego przyjmowania zgłoszeń i usuwania awarii na sieci, której TMF nie jest właścicielem, bez udziału podwykonawcy będącego właścicielem sieci i bez zgody którego TMF nie będzie mógł wykonać żadnych prac.

8) Jako sprzeczne z zasadami logiki należy uznać założenie wykonawcy TMF, że większość awarii zostanie naprawiona przez Zamawiającego bez udziału wykonawcy TMF, na co wskazuje pkt 13 pisma z dn. 2.04.2024 r., cyt.: „Wykonawca jednocześnie w tym miejscu podkreśla, że na bazie swojego wieloletniego doświadczenia na rynku usług telekomunikacyjnych zaobserwował, że ponad 95% przypadków awarii można rozwiązać poprzez sprawny kontakt z klientem, ponieważ wynikają one z problemów powstających w miejscu docelowym. Awarie te nie wymagają dojazdów, a wyłącznie posiadanie odpowiednich kompetencji przez osobę przyjmującą zgłoszenie. Brak złożonej, wielostopniowej infolinii wymagającej zatrudnienia sztabu ludzi, którą u Wykonawcy pełnią wysoce wykwalifikowane osoby również pozwoliło na zaproponowanie korzystnej cenowo oferty.”

Podkreślić należy, że Zamawiający nie musi znać się na technologii świadczenia usługi. Wątpliwe jest również, że Wykonawca TMF ustalił z Zamawiającym taki proces usuwania awarii. Wreszcie, co w przypadku jeżeli proces ten zawiedzie i TMF będzie zobowiązany awarie usunąć, co – z powodu faktu, iż TMF nie jest właścicielem sieci i będzie musiał zgłosić problem podwykonawcy – spowoduje wydłużenie czasu usuwania awarii i dodatkowe koszty z tego tytułu, które to koszty nie zostały przewidziane w kalkulacji TMF. Jednoznacznie wskazuje na nieuwzględnienie tych kosztów przedstawiona przez TMF kalkulacja kosztów i samo wyjaśnienie przyjętych założeń do problemu awarii opisane w pkt 13 wyjaśnień z dn. 2.04.2024 r.

9) Warto również podnieść, że w pkt 14 wyjaśnień TMF z dn. 2.04.2024 r. wykonawca wskazuje, jakoby pozostałe awarie były tymi które traktowane są priorytetowo ze względu na zasięg problemu, cyt.: „Pozostałe 5% to awarie „masowe” najczęściej spowodowane działaniem siły wyższej (np. kradzież kabla światłowodowego, uszkodzenie podczas prac budowlanych) – które mają charakter całkowicie nieprzewidywalny, niezależny od Stron Umowy, do naprawy, których zarówno Wykonawca jak i podmiot, od którego Wykonawca będzie dzierżawił infrastrukturę, zawsze podchodzi priorytetowo – gdyż obejmują ona swoim zasięgiem duże obszary.”

Oświadczenie to mija się to z prawdą, bowiem awaria może dotyczyć i w większości wypadków dotyczy przyłącza doprowadzonego do siedziby Zamawiającego, które to przyłącze nie posiada alternatywy w postaci łącza zapasowego (back up).

Masowe awarie wskazane przez wykonawcę TMF dotyczą zazwyczaj systemów rozproszonych posiadających alternatywne drogi na wypadek awarii i stosowne zabezpieczenia. Awaria w postaci np. uszkodzonego kabla do siedziby Zamawiającego nie jest awarią masową, bowiem dotyczy jedynie tego jednego klienta. W związku z tym przekroczenie czasu usunięcia awarii zaproponowanego przez TMF, tj. 1 godziny, znacząco się wydłuży. TMF pominął zatem w swoich wyjaśnieniach i kalkulacji możliwości wydłużenia czasu usunięcia awarii ponad termin wskazany w ofercie Orange Polsk, czy li 4 godziny, samemu w ofercie proponując 1-godzinny czas ich usuwania.

9. Przypomnienia wymaga, że w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w złożonej w Postępowaniu ofercie Zamawiający wskazał, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny, oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest przy tym wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską.

10. Możliwość wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty oceniana jest nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także w oparciu o analizę poszczególnych, istotnych części składowych, które nie zostały uwzględnione w kalkulacji ceny. Ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona.

11. Wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę TMF nie spełniają powyższych kryteriów i dowodzą, że TMF zaoferował cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach oferta TMF winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

12. Treść wyjaśnień, biorąc pod uwagę wykazane powyżej sprzeczności, niejasności i błędy w kalkulacji, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Tym samym oferta TMF podlega odrzuceniu także na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, zgodnie z którym odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

13. Jak przyjmuje się w orzecznictwie „Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, co do zasady jest konsekwencją

stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić, w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie określonych okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny.", co wynika z rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dn. 20.10.2023 r. (KIO 2956/2023). Podobnie w wyroku z dn. 1 września 2023 r. (KIO 2464/23) Izba stwierdziła, że: „Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków (jak np. w tym przypadku dysponowanie własną bazą, uzyskiwaniem rabatów na paliwo, posiadaniem pojemników do realizacji tego zamówienia czy też własnego sprzętu). Nie dysponując dowodami, potwierdzającymi powyższe okoliczności, zamawiający nie jest w stanie dokonać rzetelnej oceny, czy wszystkie te aspekty, niewątpliwie mające wpływ na możliwość obniżenia ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.”.

14. Podkreślenia wymaga fakt, że „jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.” (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 224.).

15. Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu złożone przez TMF i przyjął wyjaśnienia za uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny pomimo tego, że wyjaśnienia udzielone przez TMF dowodzą, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

16. Przy ocenie wyjaśnień składanych przez wykonawców Zamawiający powinien bezwzględnie realizować postulat, że wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Miernik należytej staranności wykonawcy powinien wykluczyć sytuację, w której wykonawca, co prawda składa wyjaśnienia, ale przyjmuje założenie, że w przypadku ich niewystarczającego charakteru będzie miał możliwość uzupełnienia wyjaśnień w późniejszym terminie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (pismo z dnia 24.06.24) zgłosił wykonawca: M.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: TMF Poland M.F. z/s w Szczecinie (Uczestnik po stronie zamawiającego). Wniósł o wnosząc o odrzucenie Odwołania Orange, względnie jego oddalenie w całości.

Wykonawca podał, że: (...) posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego ponieważ Zamawiający wybrał Ofertę Wykonawcy jako najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, działając w sposób zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych i przygotowaną przez siebie dokumentacją przetargową. Rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Odwołującego spowoduje utratę możliwości realizacji zamówienia przez Przystępującego, co wiąże się z oczywistą utratą korzyści ekonomicznych, a zatem Wykonawca posiada interes prawny, ekonomiczny oraz gospodarczy przemawiający za przystąpieniem do postępowania pod stronie Zamawiającego”. Następnie wskazał:

1.3 *Brak interesu Orange w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp – brak*

legitymacji do wniesienie odwołania

(...)

3. Przed szczegółowym odniesieniem się do bezpodstawnych zarzutów formułowanych przez Orange Wykonawca wskazuje, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób interesów uzyskaniu zamówienia, który jest przesłanką sine qua non ochrony prawnej uregulowanej w art. 505 ust. 1 pzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

4. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury „Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania

zamówienia w toczącym się postępowaniu. Interes zatem posiadać będzie wykonawca, który wskutek sprzecznych z prawem czynności lub zaniechań zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Interes podmiotu korzystającego ze środków ochrony prawnej stanowi przesłankę materialnoprawną tego środka. Posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że w Odwołaniu brak jest, poza lakonicznymi i sztamowymi twierdzeniami Odwołującego, argumentacji potwierdzającej ziszczenie się przesłanek, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy pzp.

5. Wskazać bowiem należy, co Odwołujący całkowicie pomija, że jego oferta była o 1 188 537,93 zł (jeden milion sto osiemdziesiąt osiem tysięcy pięćset trzydzieści siedem złotych 93/100) wyższa niż kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym przetarg musiałby zostać unieważniony, a więc pomimo iż oferta Odwołującego była druga i tak nie zostałby on wybrany.

6. Nawet gdyby uznać, że Zamawiający naruszył przepisy pzp, z czym nie sposób się zgodzić, Odwołujący nie mógł nawet potencjalnie ponieść szkody, ponieważ z uwagi na zaproponowaną przez Odwołującego cenę, przewyższającą o ponad jedną trzecią budżet Zamawiającego, przetarg musiałby zostać unieważniony, a tym samym brak jest również interesu w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego, ponieważ Odwołujący także nie wykazał w żaden sposób, że byłby w stanie uzyskać zamówienie w toczącym się postępowaniu pomimo przekroczenia budżetu Zamawiającego w swojej ofercie o ponad 36%.

7. Zatem już brak spełnienia przesłanek wynikających z art. 505 ust. 1 pzp jest wystarczający do oddalenia Odwołania, bez konieczności wdawania się w polemikę z dalszą retoryką Odwołującego, co potwierdza wcześniej przywołane orzecznictwo, zgodnie z którym „brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 505 ust. 1 p.z.p. zawsze będzie prowadzić do oddalenia odwołania i to bez potrzeby rozpoznania jego zarzutów” (por. nb. 4).

8. Orange w Odwołaniu poprzestaje na lakonicznych stwierdzeniach licząc wyłącznie, że Izba wyřęczy Odwołującego w poszukiwaniu argumentów uzasadniających jego Odwołanie. Także ciężko wręcz odnieść się do zarzutów formułowanych przez Odwołującego, które są sformułowane w sposób wewnętrznie sprzeczny oraz nielogiczny. W ocenie Wykonawcy Odwołujący nie może pogodzić się z sytuacją, że nieznany mu dotąd podmiot może złożyć konkurencyjną Ofertę w stosunku do tak dużego monopolisty na rynku telekomunikacyjnym, o czym szerzej w dalszej części Przystąpienia.

II. Bezpodstawność zarzutów Orange

II.1. Uwagi wstępne

9. Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie na „Dzierżawę łączy telekomunikacyjnych Ethernetowych dla jednostek Policji województwa zachodniopomorskiego” — Część 1. Znak sprawy: ZZ-2380-150/23. W ramach postępowania jedynie dwóch zainteresowanych złożyło oferty Przystępujący oraz Orange. Obaj potencjalni wykonawcy nie podlegali wykluczeniu. Przystępujący zaoferował niższą cenę niż Orange i jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

10. Z wyłonieniem Oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie zgodziło się Orange składając Odwołanie, oparte na bezpodstawnych zarzutach mających rzekomo polegać na naruszeniu przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp oraz art. 224 ust. 4 pzp w zw. z 226 ust. 1 pkt 8 pzp, żądając unieważnienia czynności wyboru oferty oraz odrzucenia oferty Przystępującego jako rzekomo zawierającą rażąco niską cenę oraz jednocześnie z uwagi „na to że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny nie uzasadniają ceny podanej w ofercie”.

11. Ze stanowiskiem Orange wyrażonym w odwołaniu w nie sposób się zgodzić, w szczególności w zakresie przesłanek mających uzasadniać żądanie wyrażone przez Odwołującego. Orange swoje stanowisko opiera wyłącznie na niczym nieopartych twierdzeniach, nie oferując rzetelnego (pozostającego w adekwatnym związku z przedmiotem niniejszego postępowania) materiału dowodowego mogącego potwierdzić lub chociażby uprawdopodobnić twierdzenia Orange.

12. Odwołujący wdaje się wyłącznie w polemikę z wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego, nie potwierdzoną stosownym materiałem dowodowym, o czym szerzej w dalszej części Przystąpienia. Przy czym już w tym miejscu należy stanowczo podkreślić, że „w przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 p.z.p. w odniesieniu do badania ceny oferty po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana, ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym.” (Wyrok KIO z 12.02.2024 r., KIO 159/24, LEX nr 3703403), natomiast Odwołujący nie sprostował ciężącemu na nim ciężarowi dowodu, a argumentacja przedstawiona w odwołaniu dąży jedynie do całkowicie bezpodstawnego zdeprecjonowania pozycji Przystępującego.

II.2. Oferta Poddostawcy

13. W ocenie Przystępującego niezrozumiały jest zarzut Orange odnoszący się do braku oferty od Orange Polska S.A.

W przedmiotowym zakresie Odwołujący całkowicie pomija przepisy Kodeksu cywilnego, dotyczące składania ofert w postaci elektronicznej (art. 661 k.c.) a także fakt, że Przystępujący pozostaje w stałych stosunkach gospodarczych z Orange Polska S.A. – HURT. Co więcej następnie na podstawie niemalże dokładnie analogicznych ofert przedłożonych przez Odwołującego (DOWÓD 7 – 11 zał. do Odwołania), wyłącznie tabeli przesyłanych mailowo, Odwołujący próbuje wykazać określone fakty, z których usiłuje wywieść bliżej nieokreślony interes prawny, mający uzasadniać odrzucenie oferty Przystępującego, przy czym w rzeczywistości potwierdza on prawidłowość przyjętych przez Przystępującego założeń.

14. Zatem za chybiony należy uznać zarzut Odwołującego, insynuujący składanie fałszach oświadczeń przez Przystępującego, co należy uznać co najmniej za niestosowne. Jednocześnie z daleko idącej ostrożności Przystępujący przedkłada w Załączeniu pełnomocnictwo udzielone P. E. Wróbel, z którą Przystępujący prowadzi korespondencję ofertową w imieniu Orange S.A. – HURT.

II.3. Termin uruchomienia

15. W pierwszej kolejności należy podnieść niezrozumienie zarzutu Orange w stosunku do braku zabezpieczenia w ofercie środków na zapłatę kar umownych. Formułowana przez Orange zarzut nakazuje przyjąć, że w każdej ofercie należy przewidzieć „budżet” na kary umowne. Takie podejście jest co najmniej kontrowersyjne oraz dąży do wypaczenia instytucji kary umownej i jej charakteru, (przede wszystkich represjonującego), co już podważa skutecznie zasadność podnoszonego zarzutu. Logika zarzutu sprowadza się do założenia, że zapłata naliczonych przez Zamawiającego ewentualnych kar umownych w rzeczywistości będzie pochodziła ze środków od Zamawiającego, Zamawiający więc sam sobie by płacił za kary umowne naliczone Wykonawcy.

16. Każdy Wykonawca w składając jakąkolwiek ofertę, a już na rzecz publicznego Zamawiającego w szczególności powinien kierować się należytych wykonaniem usługi, a nie zakładać „z góry”, że umowa będzie wykona „ze zwłoką” i to już na starcie. Abstrahując od bezpodstawności zarzutu, należy wskazać, że w Odwołaniu Odwołujący przyznaje, że sam nie byłby w stanie zapewnić w odpowiednim terminie, ani zagwarantować uruchomienia łączy w wymienionych przez siebie lokalizacjach (Świnoujście, Węgorzyno, Ploty). Odwołujący bowiem wskazał, że potrzebowałby od 22 do 32 tygodni zlecenia pracy wykonawcy, których Orange sam nie wykonuje, a więc okres ten z całą pewnością byłby jeszcze dłuższy, co także potwierdza brak interesu prawnego do złożenia Odwołania (por. nb. 3 i nast.).

17. Przy czym jednocześnie Orange w swoich rozważaniach pomija nader istotny fakt, że Orange zleca wykonanie taki przyłączy podwykonawcą – m.in. takim podmiotom jak Przystępujący, co potwierdza jedynie, że wielostopniowa struktura organizacyjno-korporacyjna wpływa negatywnie na możliwości wykonania Zamówienia przez Odwołującego.

18. Domniemanie poczynione przez Orange, zgodnie z którym umowa pomiędzy Orange (jako poddostawcą) a Przystępującym nie przewidywała ww. okoliczności również jest błędne i wynika z braku przeanalizowania dokumentów przedłożonych przez Przystępującego w ramach wyjaśnień a także braku znajomości realiów rynku telekomunikacyjnego.

19. Przystępujący bowiem wykona niezbędną infrastrukturę zasobami i siłami własnymi, co pozwoli zdecydowanie skrócić czas niezbędny do wykonania infrastruktury do minimum, pozwalając uruchomić wszelkie łączy w terminie. Jako, że Przystępujący nie będzie musiał zatrudniać podwykonawców do wykonania prac związanych z wykonaniem infrastruktury do miejsca przyłącza udostępnianego przez Orange Polska S.A. - HURT, Przystępujący będzie mógł niezwłocznie po zakończeniu przetargu oraz wyborze oferty przystąpić do wykonania niezbędnych prac, które przy odpowiednim zaangażowaniu zasobów ludzkich i sprzętowych (użycie koparki, zamiast prac ręcznych oraz innych odpowiednich narzędzi) zakończą się terminie przewidzianym w Ogłoszeniu, bez zwłoki po stronie Przystępującego, pozwalającym uruchomić każdy z punktów.

20. Oczywiście Przystępujący również przewidział w swojej ofercie możliwość świadczenia usług objętych Zamówieniem, na wypadek opóźnień niezależnych od Przystępującego, w sposób przewidziany w wyjaśnieniach pytania 2 udzielonych przez Zamawiającego w dniu 02 stycznia 2024 r. (w załączeniu wraz z ofertą poddostawcy dla przykładowych lokalizacji).

II.4. Termin niezbędny na instalację usługi

21. Kolejny zarzut formułowany przez Orange także należy uznać za całkowicie chybiony, ponieważ odnosi się do założeń ofertowych Przystępującego poczynionych z dużym wyprzedzeniem, w których mimo wszystko Przystępujący przewidział konieczność zwiększenia zaangażowania, wbrew twierdzeniom Odwołującego.

22. Jak Przystępujący wskazywał w Piśmie z dn. 02 kwietnia 2024 r. („Wyjaśnienia I”) koszty instalacyjne w przeliczeniu na jednostkę w rozbiu miesięcznym wynoszą 28,00 PLN netto (por. nb. 11 Wyjaśnień I), więc nawet gdyby Przystępujący musiał podwoić koszty angażując dwukrotnie więcej zasobów, żeby skrócić dwukrotnie czas koszty wzrosłyby nie więcej niż do wysokości 56,00 PLN/jedn./msc., przy rezerwie miesięcznej ponad 400,00 PLN (por. nb. 10 Wyjaśnień I). Chociaż Przystępujący zastrzega, że ww. wyliczenia są dokonywane ostrożnościowo i w uproszczeniu, ponieważ nawet dwukrotne przekierowanie zasobów nie wiąże się jednoznacznie z ponoszeniem dwukrotnie wyższych

kosztów, ponieważ odpowiednia organizacja pracy, przypisywanie określonych zasobów i łączenie brygad ze sobą pozwala zminimalizować wzrost ponoszonych wydatków pomimo wzrostu zaangażowania, co w swoich rozważaniach również pomija Orange, co może ponownie świadczyć o braku odpowiedniego logistycznego przygotowania po stronie Odwołującego do realizacji zamówienia, wbrew czynionym zarzutom wobec przystępującego.

23. Również ponowne zarzucanie Przystępującemu braku ujęcia w ofercie możliwości naliczenia kar umownych przez Zamawiającego Wykonawcy, a więc de facto przerzucenia na Zamawiającego obowiązku zapłaty kar umownych naliczonych Wykonawcy jawi się co najmniej jako nielogiczne, sprzeczne zasadami doświadczenia życiowego, przeznaczeniem społeczno-gospodarczym prawa oraz wypaczające istotę kar umownych, o czym była mowa powyżej (por. nb. 15).

II.5 . *Okres trwania Umowy – ryzyko jej wypowiedzenia przez Zamawiającego*

24. Niezrozumiałe również pozostają zarzuty Orange odnoszące się do postanowień przewidzianych w § 12 ust. 1 Projektu Umowy („Umowy”) stanowiącego zał. nr 6.1. do SWZ uprawniających Zamawiającego do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia. Nie można uznać za racjonalne twierdzeń Orange, że ww. zapis umowny daje gwarancję trwania umowy wyłącznie na trzy miesiące, w sytuacji gdy postępowania dotyczy dzierżawy łączy Ethernetowych na okres 36 miesięcy, powyższe byłoby sprzeczne z zasadą trwałości umów. Poza tym gdyby założenie Orange było prawidłowe, postępowanie dotyczyłoby dzierżawy łączy na okres 3 miesięcy z możliwością przedłużenia na dalsze okresy.

25. Nawet jeżeli dalsze rozważania Orange uznać za prawdziwe, czemu Przystępujący zaprzecza, że w hipotetycznych umowach dzierżawy infrastruktury nie byłby przewidziany analogiczny okres wypowiedzenia, powyższe w żaden sposób nie wpływałoby na pozycję Zamawiającego, jak również nie zagrażałoby żadnym jego interesom, bowiem po ewentualnym wypowiedzeniu Umowy z Wykonawcą, nie łączyłby ich już żaden stosunek zobowiązaniowy, a ewentualnie Wykonawca musiałby ponosić opłaty za dalsze okresy, co jednak nie wyklucza możliwości wykorzystania infrastruktury do innych celów niż tylko wynikające z przedmiotowego postępowania lub rozwiązania Umów dzierżawy przez Przystępującego za porozumieniem stron.

26. Formulowany przez Orange wniosek, jest zatem całkowicie nielogiczny oraz dąży jedynie do zdeprecjonowania pozycji Przystępującego, czemu Przystępujący stanowczo się sprzeciwia. Orange nawet nie wykazuje, jakby przedstawione przez Orange założenia miałyby wpływać na wysokość zaoferowanej przez Przystępującego ceny. Także twierdzenia Orange dążą do wniosku, że wysokość oferty powinna w okresie pierwszych trzech miesięcy płatność za cały okres 36 miesięcy. Kolejny zarzut Orange należy zatem uznać za sprzeczny z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego.

27. Także za co najmniej kuriozalny należy uznać zarzut Orange w stosunku do rzekomej świadomości prowadzenia przez Komendę Główną Policji („KGP”) Wstępnych Konsultacji Rynkowych, które miałyby prowadzić do skrócenia trwania umowy, jak insynuuje Orange, w niedalekiej przyszłości i z dużą dozą prawdopodobieństwa. Ogłoszenie, na które powołuje się Odwołujący zostało opublikowane niemalże pół roku po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, które miało miejsce w dn. 26.12.2023r.

28. Powyższe także skutecznie podważa kolejny zarzut formulowany przez Orange. Co więcej jak Orange samo wskazuje, aby Przestępujący nie odczuł negatywny konsekwencji finansowych wcześniejszego rozwiązania Umowy zawartej w ramach Zamówienia wystarczy realizowanie Zamówienia przez 17 miesięcy (pkt 7 str. 9 Odwołania). Mając na natomiast na uwadze, że Komenda Główna Policji dopiero zaprasza wybranych Wykonawców do rozmów w ramach prowadzonych konsultacji, to mając na uwadze zasady doświadczenia życiowego oraz widząc jak długo chociażby trwa przedmiotowe postępowanie, nie sposób uwierzyć, że z ww. powodu przedmiotowe Zamówienie było realizowane krócej niż 18 miesięcy.

29. Zakładając, że KGP dopiero po miesiącu zaprosiło pierwszych wykonawców do spotkań, mając na uwadze skalę przedsięwzięcia, jakiegokolwiek konkluzje ze spotkań nie zapadną szybciej niż za 6 miesięcy, a samo przygotowanie dokumentacji przetargowej z uwagi na wagę oraz zakres inwestycji nie potrwa krócej niż 12 miesięcy. Natomiast patrząc przez pryzmat niniejszego postępowania które trwa już ponad pół roku, a obejmuje wyłącznie jedno województwo, ciężko sobie wyobrazić, żeby co najmniej szesnastokrotnie większy przetarg trwał krócej (obejmujący wszystkie 16 województwo). Więc nawet zakładając powstanie okoliczności mogących przemawiać za wcześniejszym rozwiązaniem umowy z uwagi na centralizację łączy, najszybszy realny termin to 21 miesięcy, które w obecnie panujących realiach geopolitycznych również jawi się jako zbyt optymistyczny, z uwagi na wyzwania logistyczne z jakim będzie wiązało się ww. przedsięwzięcie.

30. Gdyby bowiem jakiegokolwiek ustalenia miały miejsce, mające przemawiać z szybszą realizacją centralizacji łączy, z całą pewnością Orange by się na nie powołało (jako uczestnik konsultacji). Nie może również uciekać z pola widzenia, że jak wynika z zaproszenia Orange do udziału w konsultacjach, ich celem jest dopiero rozeznanie rynku oraz poznanie dostępnych na rynku rozwiązań i aktualnych cen (Dowód nr 5 do Odwołania), a więc KGP nawet nie wie czy istnieje w

ogóle w Polsce aktualnie technologia spełniająca ich oczekiwania, nie mówiąc o rychłej możliwości centralizacji łączności telekomunikacyjnych eksploatowanych przez Policję dla potrzeb Jednostek Szczębla Podstawowego na terenie kraju, które miałyby stanowić podstawę do odstąpienia od Umowy zawartej w ramach Zamówienia. Rozważania Odwołującego w ww. zakresie również nie prowadzą do żadnej konkluzji, w jaki sposób miałyby to chociażby budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co stanowi jedną z przesłanek przemawiającą za uznaniem cen za rażąco niską (por. art. 224 ust. 1 pzp).

31. Przystępujący również wyjaśnia, że w ramach Wyjaśnień I przedstawił materiał dowodowy w zakresie poczynionych wyliczeń na potrzeby sporządzenia Oferty. Odwołujący również stara się poczynić zarzut w stronę Przystępującego w oparciu oczywistą omyłkę drukarską (rachunkową), co należy uznać za co najmniej nie stosowne, w szczególności, że Przystępujący pomimo dopuszczenia się omyłki rachunkowej (w sumowaniu kosztu) prawidłowo wskazał kwotę zabezpieczoną na wypadek szeroko rozumianych okoliczności nieprzewidzianych.

32. Bezzasadny jest także zarzut Orange, dotyczący zwrócenia się do poddostawcy o przedstawienie oferty na pełen zakres Zamówienia, ponieważ jak Przystępujący wskazywał wielokrotnie, nigdy nie było jego intencją sędowanie całości umowy na podmiot trzeci, ponieważ jego doświadczenia oraz posiadane zasoby pozwoliły na przygotowanie oferty, która okazała się najkorzystniejsza. Natomiast odnosząc się do przesłanych przez Odwołującego potencjalnych ofert, na inne lokalizacji i inne okresy, należy wskazać, kierując się argumentacją Odwołującego, że nie są to oferty ponieważ nie zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji określonych podmiotów.

33. Co więcej odnoszą się do zupełnie innego zakresu (mniejszej ilości punktów, krótszego czasu) więc jako takie pozostają irrelewantne dla niniejszego postępowania. Przystępujący również posiada już ofertę od poddostawcy na lokalizację i okres objęte postępowaniem, zatem porównywanie ofert na inne lokalizacje, nawet nie zbliżone regionalnie ani okresowo z tymi objętymi Zamówieniem jest całkowicie bezcelowe.

34. Poza istotą niniejszego postępowania pozostaje również fakt ekonomicznych konsekwencji doznanych przez Przystępującego w przypadku wcześniejszego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego, ponieważ w żaden sposób nie wpływa to na możliwość świadczenia przedmiotu Umowy w trakcie jej trwania, a więc nie wypełnia przesłanek wynikających z pzp. Orange jedynie potwierdza formułując szereg chybionych zarzutów, że całe ryzyko gospodarcze przerzucił na Zamawiającego, wliczając w to możliwość naliczenia Wykonawcy potencjalnych kar umownych oraz wcześniejszą możliwość rozwiązania umowy. Powyższe jednoznacznie potwierdza, że zarzuty Orange są całkowicie sprzeczne z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego.

II.6. Zapewnienie SLA

35. Odwołujący formułuje swoje zarzuty niemalże wyłącznie oscylując wobec kar umownych, których możliwości naliczenia przez Zamawiającego Przystępujący miałby nie przewidzieć w ofercie, albo nie przewidzieć z Poddostawcą analogicznie do przewidzianych w umowie z Zamawiającym. Należy mieć przy tym na uwadze, że Wykonawca nie ma obowiązku przewidywania w umowach z podwykonawcami kar umownych, żaden przepis pzp nie nakazuje zawierania z podwykonawcami dokładnie takich samych umów jak umowa pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym.

36. Umowy z podwykonawcami, zgodnie art. 463 pzp nie mogą być ukształtowane w sposób dla nich mniej korzystny niż to wynika z umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą i to tylko w stricte określonym zakresie (kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia). Również należy mieć na uwadze, że w przypadku nienależytego wywiązywania się przez Poddostawcę z warunków Umowy odpowiada on w pełni za powstałą po stronie Przystępującego ewentualną szkodę na tzw. zasadach ogólnych wynikających z Kodeksu cywilnego (art. 415 k.c. w zw. z 471 k.c.).

37. Zatem w przypadku poniesienia przez Przystępującego szkody z winy poddostawcy (w tym kar umownych) będzie Przystępującemu przysługiwało roszczenie odszkodowawcze wobec poddostawcy, co również w swoich rozważaniach pomija Odwołujący.

38. Także spekulacje Orange w zakresie możliwości usunięcia awarii wyłącznie przy założeniu, że Przystępujący musi poinformować Podwykonawcę jest błędne oraz nie poparte żadnymi dowodami. Orange pomija istotny fakt, zgodnie z którym Przystępujący może przystąpić do usuwania awarii siłami własnymi przy użyciu własnych zasobów, którymi dysponuje.

39. Orange również pomija w swoich rozważaniach ponad 13 letnie doświadczenie w prowadzeniu działalności gospodarczej przez Przystępującego, w tym w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia. Natomiast insynuowanie braku możliwości usunięcia awarii siłami własnymi Przystępującego nawet na infrastrukturze poddostawcy jest całkowicie sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego oraz logiki. Ponieważ z całą pewnością usunięcie ewentualnej awarii przez Przystępującego na infrastrukturze poddostawcy, będzie stanowiło korzyść tego ostatniego oraz pewnego rodzaju przysporzenie. Więc kolejny argument Odwołującego jawi się jako całkowicie nielogiczny oraz bezpodstawny.

40. Sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego jest również formułowanie przez Odwołującego twierdzeń, zgodnie z którymi Zamawiający miałby nie znać się na technologii objętej przedmiotem zamówienia, w szczególności, że aktualnie Odwołujący świadczy usługi na jego rzecz, natomiast w żaden sposób nie wykazuje swoich twierdzeń, chociażby w zakresie ilości awarii.

41. W tym miejscu również warto podać najprostszy przykład rozwiązywania problemów związanych z połączeniami typu Ethernet, nieco go upraszczając, bowiem który użytkownik Internetu nie miał kontaktu z infolinią, w tym zwłaszcza Orange (dawniej jeden z najpopularniejszych dostawców Internetu) i nie usłyszał w słuchawce telefonu, że w pierwszej kolejności należy włączyć i wyłączyć router. Oczywiście przedmiotowe wyjaśnienie ma jedynie zobrazować skalę problemów najczęściej występujących w takich przypadkach, jak również ma zobrazować wagę formułowanych przez Orange zarzutów. Odwołujący również nawet nie próbuje wykazać jaki wpływ na wartość Oferty Przystępującego mogły mieć zarzuty przez niego formułowane, innymi słowy ile powinna co najmniej wynosić oferta Przystępującego, żeby nie zostać uznana za rażąco niską.

III. PODSUMOWANIE

42. Mając na uwadze powyższe należy jednoznacznie stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, żeby chociaż istniało podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej. Orange w swoim odwołaniu poprzestaje jedynie na teoretycznych rozważaniach, mających na celu wyłącznie zdezwuwanie Przystępującego.

43. W tym miejscu należy przywołać powszechne stanowisko doktryny oraz orzecznictwa, zgodnie z którym „określony w art. 537 p.z.p. ciężar dowodu nie zwalnia odwołującego od fachowego przedstawienia zarzutów odwoławczych dotyczących wystąpienia rażąco niskiej ceny u konkurencyjnego wykonawcy. Potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28.12.2021 r., KIO 3594/21, LEX nr 3317639, w którym stwierdzono, że: „Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy p.z.p. nie zwalnia Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego o uznaniu wyjaśnień za wyczerpujące i wykazujące, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, przez pryzmat argumentacji faktycznej i prawnej przedstawionej w odwołaniu. Nie budzi bowiem wątpliwości Izby, że Odwołujący jako profesjonalista, sam ubiegający się o dane zamówienie, dysponujący szczegółową wiedzą w danej dziedzinie, znajomością postanowień SWZ, jak i informacjami o cenie zaoferowanej przez jego konkurenta, jest w stanie zaprezentować argumentację wskazującą jak należało skalkulować cenę oferty, z uwzględnieniem jakich elementów kształtujących cenę i w jakiej wysokości, aby było za nią możliwe zrealizowanie zamówienia. Tak określone podstawy faktyczne zarzutów odwołania stają się następnie punktem odniesienia dla weryfikacji wyjaśnień przedstawionych przez konkurencyjnego wykonawcę, przy czym ciężar wykazania ich bezzasadności spoczywał będzie w postępowaniu odwoławczym co do zasady na uczestniku postępowania, który złożył ofertę podlegającą ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny”.

44. (...)

45. Orange jako profesjonalista w swojej dziedzinie nie sprostał jednak ciężarowi dowodowemu, nie przedstawiając w żaden sposób ani argumentacji, ani żadnych szczegółów przemawiających za uznaniem, że oferta Przystępującego mogłaby być rażąco niska. Powyższe jest o tyle istotne, że Orange jest niemalże monopolistą na rynku telekomunikacyjnym, więc powinien dysponować nie tylko wiedzą, ale również materiałem dowodowym na poparcie swoich twierdzeń. Natomiast żadne z twierdzeń Orange wyrażonych w Odwołaniu nie pozwala na ocenę wpływu zarzutów Orange na wysokość ceny Przystępującego, w szczególności w zakresie przerzucania na Zamawiającego możliwości naliczenia kar umownych Wykonawcy. Powtarzany przez Orange abstrakcyjny zarzut nie uwzględnienia w ofercie hipotetycznych kar umownych sprowadza się do sytuacji, w której Zamawiający sam sobie płaciłby kar umowne, które naliczył Wykonawcy.

46. Orange również w swoich rozważaniach pomija fakt, że Przystępujący prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, która nie jest obciążona ponoszeniem wielomilionowych kosztów prowadzenia działalności (np. zarządu, utrzymania sieci punktów stacjonarnych oferujących usługi etc.), Przystępujący również osobiście świadczy usługi wraz ze swoimi współpracownikami oraz jest personalnie zaangażowany w prowadzenie działalności, co również pozwala oferować konkurencyjne ceny względem wielkich korporacji. Powyższe także potwierdza, że Orange swoje stanowisko opiera w głównej mierze wyłącznie o dywagacje, nie znajdując racjonalnej argumentacji mogącej potwierdzać jej stanowisko.

47. Przystępujący oświadcza, że zastrzega uzupełnienie stanowiska przed wyznaczeniem terminu ewentualnego posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku uznania, że Odwołanie Orange nie zasługuje na odrzucenie.

48. W tym miejscu wskazuję również, że w załączeniu przedkładam dowód przesłania kopii przystąpienia zamawiającemu za pośrednictwem portalu platformazakupowa.pl jak i na adres email oraz wykonawcy wnoszącemu

odwołanie przesłane na adres e-mail.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 5.07.24) wniósł o odrzucenie odwołania względnie o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu stanowiska podał, że: (...) nie uznaje przedmiotowych zarzutów, dzieląc jednocześnie stanowisko Przystępującego, a mianowicie, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, żeby chociaż istniało podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej. Zamawiający uznaje argumenty Przystępującego, przyjmując je za swoje, dotyczące m.in. przywoływanego stanowiska w doktrynie oraz orzecznictwie, iż „[określony w art. 537 p.z.p. ciężar dowodu nie zwalnia odwołującego od fachowego przedstawienia zarzutów odwoławczych dotyczących wystąpienia rażąco niskiej ceny u konkurencyjnego wykonawcy. Na potwierdzenie powyższego zasadnym jest przywołanie wyroku KIO 3594/21, w którym stwierdzono, że: „Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy p.z.p. nie zwalnia Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. (...)

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego cyt.: „*I. Gwarancja terminu uruchomienia usług i czasu jaki podwykonawca Orange Polska potrzebuje na przygotowanie infrastruktury pod świadczenie usług (...)*” Zamawiający stoi na stanowisku, że każdy Wykonawca, składając jakąkolwiek ofertę, a już na rzecz publicznego Zamawiającego w szczególności, powinien kierować się przede wszystkim należyтым wykonaniem usługi. Nie jest akceptowalne, aby z góry zakładać, że umowa będzie wykonana z opóźnieniem już na samym początku realizacji projektu.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, należy zauważyć, że przyznaje on, iż nie byłby w stanie zapewnić terminowego uruchomienia łącz w lokalizacjach takich jak Świnoujście, Węgorzyno czy Płoty. Odwołujący wskazał, że potrzebowałby od 22 do 32 tygodni na zlecenie prac podwykonawcom, których sami nie wykonują, co jednoznacznie wskazuje, że czas ten mógłby być jeszcze dłuższy. Należy również podkreślić, że Odwołujący pomija istotny fakt, iż zleca wykonanie takich przyłączy podwykonawcom, w tym podmiotom takim jak TMF. To pokazuje, że skomplikowana struktura organizacyjno-korporacyjna Odwołującego negatywnie wpływa na ich zdolność do terminowego wykonania zamówienia.

Domniemanie Odwołującego, jakoby umowa między Wykonawcą Orange (jako poddostawcą) a Przystępującym nie uwzględniała opisanych okoliczności, jest błędne. Wynika ono z braku analizy dokumentów przedłożonych przez Przystępującego oraz nieznaności realiów rynku telekomunikacyjnego. Przystępujący zapewnia, że wykona niezbędną infrastrukturę własnymi zasobami i siłami, co znacznie skróci czas potrzebny na realizację prac. Wykonawca TMF Przystępujący, nie musząc zatrudniać podwykonawców do realizacji prac związanych z infrastrukturą, może natychmiast po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyborze jego oferty przystąpić do wykonania niezbędnych zadań. Przy odpowiednim zaangażowaniu zasobów ludzkich i sprzętowych, Przystępujący zakończy prace w terminie przewidzianym w ogłoszeniu, bez zwłoki, umożliwiając terminowe uruchomienie każdego z punktów. Przystępujący przewidział również w swojej ofercie możliwość świadczenia usług objętych zamówieniem na wypadek opóźnień niezależnych od nich. Zostało to szczegółowo opisane w odpowiedziach na pytanie 2 udzielonych przez Zamawiającego w dniu 2 stycznia 2024 r. (dołączonych wraz z ofertą poddostawcy dla przykładowych lokalizacji).

Podsumowując, stanowisko Przystępującego w pełni uwzględnia wszelkie wymogi i realia rynku telekomunikacyjnego, zapewniając tym samym, że zamówienie zostanie zrealizowane terminowo i zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Zastrzeżenia Odwołującego są bezpodstawne i wynikają z błędnej interpretacji realiów rynku oraz procesów organizacyjnych.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego cyt.: „*II. Termin niezbędny na instalację usług (...)*” Zamawiający potwierdza, że zarzut formułowany przez Odwołującego, że Przystępujący nie przewidział konieczności zwiększenia zaangażowania, należy uznać za chybiony. Jak Wykonawca wskazywał w piśmie z dnia 2 kwietnia 2024 r., założenia ofertowe były poczynione z dużym wyprzedzeniem, a mimo to Przystępujący przewidział możliwość zwiększenia zaangażowania. Przemysłane działania, planowanie oraz odpowiednia organizacja pracy świadczą o rzetelności przygotowania oferty Przystępującego, co podważa zarzuty Odwołującego. W odpowiedzi na zarzut dotyczący kosztów instalacyjnych, Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 2 kwietnia 2024 r. wskazał, że koszty instalacyjne w przeliczeniu na jednostkę wynoszą 28,00 PLN netto miesięcznie. Nawet w przypadku podwojenia kosztów z uwagi na zwiększenie zaangażowania zasobów, koszty te wzrosłyby maksymalnie do 56,00 PLN/jednostkę/miesiąc, co jest znacznie niższe niż rezerwa miesięczna wynosząca ponad 400,00 PLN. Ponowne zarzuty Odwołującego dotyczące braku uwzględnienia możliwości naliczenia kar umownych przez Zamawiającego wobec Wykonawcy również są nieuzasadnione. Przerzucanie na Zamawiającego obowiązku zapłaty kar umownych naliczonych Wykonawcy jest bezpodstawne i sprzeczne z zasadami realizacji zamówienia oraz przeznaczeniem społeczno-gospodarczym prawa. Przystępujący już wcześniej wyjaśniał, że takie podejście wypacza istotę kar umownych, co również powinno zostać uwzględnione przy ocenie zarzutów Odwołującego.

Podsumowując, zarzuty formułowane przez Odwołującego są nieuzasadnione i bazują na niepełnych oraz

niewłaściwie zinterpretowanych informacjach. Przystępujący w sposób rzetelny i przemyślany przedstawił swoje założenia ofertowe, uwzględniając możliwość zwiększenia zaangażowania oraz minimalizację kosztów poprzez odpowiednią organizację pracy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego cyt.: „Zapewnienie SLA na poziomie 1 godziny(...) Zamawiający wyjaśnia, że zarzuty dotyczące braku przewidzenia kar umownych w umowach z podwykonawcami zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności z ustawą Prawo zamówień publicznych (art. 463 ustawy Pzp) są chybione, ponieważ wykonawca nie jest zobowiązany do zawierania z podwykonawcami umów o identycznych postanowieniach jak te, które zawarł z zamawiającym. Przepisy te stanowią jedynie, że umowy z podwykonawcami nie mogą być dla nich mniej korzystne niż umowy zawarte między zamawiającym a wykonawcą, w zakresie kar umownych oraz warunków wypłaty wynagrodzenia. Takie podejście gwarantuje ochronę interesów podwykonawców, jednocześnie pozostawiając wykonawcy pewną swobodę w kształtowaniu warunków współpracy. W kontekście odpowiedzialności poddostawców, zgodnie z art. 415 k.c. w zw. z 471 k.c., poddostawca ponosi pełną odpowiedzialność za ewentualne szkody powstałe po stronie Przystępującego na zasadach ogólnych wynikających z Kodeksu cywilnego.

W związku z tym, Przystępujący ma prawo dochodzić roszczeń odszkodowawczych od poddostawcy w przypadku nienależytego wywiązywania się przez niego z warunków umowy, w tym także o kary umowne. Argumentacja Przystępującego, że w przypadku poniesienia szkody z winy poddostawcy (w tym kar umownych), przysługuje mu roszczenie odszkodowawcze wobec poddostawcy, jest zatem zgodna z obowiązującym prawem i praktyką rynkową. Odwołujący spekuluje, że Przystępujący musi informować podwykonawcę o każdej awarii, co jest założeniem błędnym i niepopartym żadnymi dowodami. Przystępujący słusznie podnosi, że może usunąć awarie własnymi siłami przy użyciu swoich zasobów. Wskazując ponad 13-letnie doświadczenie w prowadzeniu działalności gospodarczej, w tym w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, Przystępujący posiada odpowiednie umiejętności i zasoby do samodzielnego usuwania awarii, nawet na infrastrukturze poddostawcy. Należy zauważyć, że usunięcie awarii przez Przystępującego na infrastrukturze poddostawcy jest korzystne również dla samego poddostawcy, co dodatkowo wzmacnia argumentację Przystępującego. Wobec tego, twierdzenia Odwołującego w tej kwestii są bezpodstawne. Odwołujący w swoich zarzutach pomija fakt, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie w technologii objętej przedmiotem zamówienia, szczególnie biorąc pod uwagę, że obecnie świadczy on usługi na rzecz Zamawiającego. Wnioskowanie, jakoby Zamawiający miałby nie znać się na technologii objętej przedmiotem zamówienia, jest bezpodstawne. Przystępujący słusznie podkreśla swoje wieloletnie doświadczenie i zdolność do samodzielnego rozwiązywania problemów technicznych, co dodatkowo potwierdza jego kompetencje w realizacji zamówienia. Odwołujący nie przedstawia dowodów na to, że zarzuty formułowane wobec oferty Przystępującego mają wpływ na jej wartość. Nie wykazuje również, ile powinna wynosić oferta Przystępującego, aby nie została uznana za rażąco niską. Brak konkretnych danych i dowodów w tej kwestii sprawia, że zarzuty Odwołującego są nieuzasadnione. Przystępujący słusznie podkreśla, że Odwołujący nie dostarczył żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, co podważa ich wiarygodność.

Podsumowując, wyjaśnienia Przystępującego są logiczne i zgodne z obowiązującymi przepisami prawa oraz zasadami realizacji zamówienia. Zamawiający uznaje zarzuty Odwołującego za bezzasadne i niepoparte dowodami. W związku z powyższym, wyjaśnienia Przystępującego są przyjęte jako wystarczające i uzasadnione, potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Nie bez znaczenia również pozostaje formularz kalkulacji cenowej Wykonawcy Orange Polska S.A. (załącznik nr 1) z postępowania prowadzonego przez Zamawiającego o sygn. ZZ-2380-85/20, w którym Wykonawca według stanu na dzień 17.02.2021 r. zaoferował w kolumnie C3 ceny za dzierżawę łączy w szczególności w relacjach:

- 1.KWP Szczecin — KP Mierzyn w wysokości 184,50 zł brutto;
- 2.KWP Szczecin — PP Mieleno w wysokości 184,50 zł brutto;
- 3.KWP Szczecin — PP Sianów w wysokości 184,50 zł brutto;
- 4.KWP Szczecin — PP Polanów w wysokości 332, 10 zł brutto,

podczas gdy Wykonawca TMF — Przystępujący zaoferował (załącznik nr 2) w relacjach:

- 1.KWP Szczecin — KP Mierzyn cenę 1068,67 zł brutto;
- 2.KWP Szczecin — PP Mieleno cenę 1068,67 zł brutto;
- 3.KWP Szczecin — PP Sianów cenę 1068,67 zł brutto;
- 4.KWP Szczecin — PP Polanów cenę 1068,67 zł brutto,

które to ceny jednoznacznie wskazują, że ceny zaoferowane przez Wykonawcę TMF Przystępującego nie stanowią rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wniosek Uczestnika TMF Poland Trunet M.F. (Uczestnik lub wykonawca TMF) o odrzucenie odwołania z powodu braku legitymacji do wniesienia odwołania nie jest zasadny. Przepis

art. 505 ustawy Pzp określa bowiem materialnoprawne przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej. Tylko wystąpienie którejkolwiek z formalnoprawnych przesłanek, o których mowa w art. 528 Pzp, uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie sprawy i skutkuje odrzuceniem odwołania. Niespełnienie z kolei przesłanek materialnoprawnych nie skutkuje odrzuceniem środka ochrony prawnej, lecz jego oddaleniem bez konieczności odnoszenia się przez skład orzekający do podnoszonych zarzutów. W niniejszej sprawie brak było podstaw do oddalenia odwołania z wyżej wskazanego powodu, albowiem - jak przyjmuje się w orzecznictwie Izby - wykonawcy, składający oferty z cenami wyższymi aniżeli kwota środków przewidzianych na realizację zamówienia posiadają interes we wniesieniu odwołania do czasu podjęcia przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Na tym etapie nie jest bowiem definitywnie rozstrzygnięte czy Zamawiający nie zwiększy kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności i posiadania takich możliwości.

Wykonawca Orange Polska S.A. (Odwołujący lub wykonawca Orange) w odwołaniu wskazał na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TMF:

a) która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji ceny oferty wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ, związanymi z terminem uruchomienia usług, świadczeniem usług SLA, możliwością wcześniejszego zakończenia umowy - co stanowi naruszenie.

b) złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, z uwagi na fakt, że TMF w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił założeń i nie wykazał uwzględnienia wszystkich kosztów, jakie będzie musiał ponieść realizując zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) odrzucenie oferty wykonawcy TMF z uwagi na to, że złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że

złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny nie uzasadniają ceny podanej w ofercie; (3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odrzuconej.

W uzasadnieniu odwołania w jego pkt 8 Odwołujący Orange w szczególności podał:

„8. W przedstawionym przez TMF pliku excel zawierającym informacje o wysokości opłat instalacyjnych i opłat za usługi SLA w poszczególnych lokalizacjach brak jest informacji o oferowanych przez Orange Polska S.A. warunkach dla trzech kluczowych z punktu widzenia świadczenia usługi elementów jak:

I. Gwarancja terminu uruchomienia usług i czasu jaki podwykonawca Orange Polska potrzebuje na przygotowanie infrastruktury pod świadczenie usług (...)

II. Termin niezbędny na instalację usług

III. Ryzyka związane z wypowiedzeniem przez Zamawiającego zawartej umowy na świadczenie usług

IV. Zapewnienie SLA na poziomie 1 godziny (...).

W zakresie wskazanych obszarów argumentacja co do wskazanych zarzutów oscyluje wobec braku wykazania w kalkulacji ceny oferty kwot kar umownych czy – jak w przypadku ryzyk wypowiedzenia umowy - kosztów związanych z jej wcześniejszym rozwiązaniem.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty - Część nr: 1, nazwa: dzierżawa łączny telekomunikacyjnych Ethernetowych - złożyło dwóch wykonawców:

Nr oferty	Wykonawca	Cena oferty (C) [w zł brutto]
1	Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa	4 524 235,20
2	TMF Poland TRUNET M.F. ul. Langiewicza 3a/1 70-263 Szczecin	2 496 137,16

Jak wynika z pisma z dnia 14.02.2024 r. - kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota: 3 335 697,27 zł.

Zamawiający w piśmie z dnia 28.03.2024 r. wskazując na art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 tej ustawy zwrócił się do wykonawcy TMF Poland TRUNET M.F. (wykonawca TMF lub Uczestnik TMF) (...p udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny, lub jej istotnych części składowych, w szczególności w zakresie:

-wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;

-zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od

minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; - zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wyjaśnienia powinny zawierać konkretne dane liczbowe (wyliczenia) i poczynione założenia, a więc kalkulację z uzasadnieniem popartą dowodami. Powinny się odnosić do kosztów realizacji zamówienia, ich wysokości oraz elementów kalkulacji ceny oferty. Wykonawca powinien wskazać, co spowodowało możliwość zaoferowania danego poziomu ceny, jej obniżeniu oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Wyjaśnienie powinno również wykazać, że cena oferty pokrywa co najmniej koszty świadczenia dostawy na cały okres obowiązywania umowy. (...)

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca TMF w piśmie z dnia 2.04.2024 r. odniósł się do zagadnień wskazanych powyżej. Przede wszystkim omówił w tym piśmie oraz przedłożył – jak wskazał w punkcie 6 – (...) szczegółowe wyliczenia obrazujące przyjęte wyliczenia, które zostały opracowane przy uśrednieniu założeń niezbędnych do wyliczenia kosztów dzierżawy dla wszystkich 65 jednostek Policji, w oparciu o oferty podwykonawców, ponad trzynastoletnie doświadczenie w branży telekomunikacyjnej oraz ilość łączy objętych zamówieniem”. Odnosił się również do drugiej kluczowej kwestii, do kosztów pracy (pkt 2 i 3) potwierdzając listami płac zatrudnienie na podstawie umów o pracę i zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń. W kolejnych punktach pisma wskazał na okoliczności mające korzystny wpływ na cenę, a mianowicie:

✓ większa ilość dzierżawionych łączy ma jednoznaczne przełożenie na koszt dzierżawy pojedynczego łącza, przy sprzedaży usług lub towarów ilości hurtowe zawsze będą cechowały się niższą ceną niż ilości detaliczne;

✓ brak skomplikowanych struktur organizacyjnych wykonawcy. Wykonawca prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, która nie jest obciążona ponoszeniem wielomilionowych kosztów prowadzenia działalności (np. kosztów zarządu, utrzymania sieci punktów stacjonarnych);

✓ ze względu na skalę działalności wykonawcy dysponuje zdecydowanie bardziej ukierunkowanym i wyspecjalizowanym zapleczem technicznym w ramach zapewnienia ciągłości świadczenia usług niż inny Oferenci, ponieważ Zamawiający w przypadku awarii zgłaszając zdarzenie łączy się bezpośrednio z osobą ze strony Wykonawcy posiadającą pełen dostęp do systemu, odpowiednio wykwalifikowaną, potrafiącą zareagować natychmiastowo, bez konieczności przełączania pomiędzy infolinią a działem technicznym operatora, co znajduje bezpośrednie przełożenie na ciągłość zapewnienia usług.

W punktach 8 i 9 przedstawił ceny dzierżawy łączy Ethernetowych oraz elementy kalkulacyjne dla każdej lokalizacji a w punkcie 11 odniósł się do założeń kosztów instalacyjnych związanych z podłączeniem poszczególnych jednostek. Także przedstawił w punkcie 10 założenia do kwoty planowanej rezerwy.

Do tych wyjaśnień załączył ponadto – oprócz już wymienionych - przykładową umowę na dzierżawę światłowodu, ofertę Orange HURT na dzierżawę światłowodów, Koszty Routera z wkładką - urządzenie końcowe, wynajem miernika do pomiaru parametrów łącza, przykładowe obecne dzierżawy.

Zamawiający w piśmie z dnia 10.04.2024 r. w punkcie 3 poprosił o podanie: (...)

3) Gdzie Wykonawca uwzględnił koszty utrzymania uruchomionych łączy na minimum 7 dni kalendarzowych przed rozpoczęciem świadczenia usług co wynika z zapisów w S 3 ust. 4 w zał. 6.1 do SWZ Projektowane postanowienia umowy i jakie są szczegółowe kalkulacje związane z utrzymaniem uruchomionych łączy?

4) Gdzie Wykonawca uwzględnił koszty przeprowadzenia testów nowo uruchomionych łączy co wynika z zapisów w S 3 ust. 5 w zał. 6.1 do SWZ Projektowane postanowienia umowy i jakie są szczegółowe kalkulacje związane z przeprowadzeniem testów.

5) W uzasadnieniu z dnia 02.04.2024r Wykonawca wskazał koszt SLA (stron nr 3) ale brak informacji czy SLA jest na poziomie 1 godziny. Proszę o wyjaśnienie na jakim poziomie czasowym Wykonawca uwzględnił w swojej cenie SLA?

6) Co Wykonawca rozumie przez „Okres obowiązywania” w tabeli w załączniku nr 2 (strona nr 1) do uzasadnienia z dnia 02.04.2024r.”

Wykonawca TMF w odpowiedzi na to pytanie w piśmie z dnia 15.04.2024 r. podał: (...)

3) Wykonawca uwzględnił koszty obsługi i przekazania łączy, o którym mowa w S 3 ust. 4 Projektowanych postanowień Umowy (dalej: „Umowa”) w koszcie dzierżawy światłowodu dla każdej z lokalizacji, z uwagi na ilość dzierżawionych łączy wydierżawiający udostępni je oraz utrzyma aktywne zgodnie z wymaganiami SWZ w cenie dzierżawy, co również jest powszechną praktyką na rynku telekomunikacyjnym, w celu potwierdzenia parametrów udostępnianych łączy przed ich

fizycznym wykorzystaniem oraz obowiązkiem ponoszenia kosztów (potwierdzenie poniżej);

4) Wykonawca uwzględnił koszty związane z wykonaniem testów nowo uruchamianych łączy w pkt 5 i 6 ujętych w akapicie o numerze bocznym („nb.”) 9 Uzasadnienia Wyjaśnień Wykonawcy. Koszt wykonania testów został uwzględniony w kosztach związanych z podłączeniem urządzeń Wykonawcy (uruchomieniem łączy — patrz nb. 11 Uzasadnienia Wyjaśnień Wykonawcy), w trakcie którego zostanie przeprowadzony pomiar (wymagany zgodnie z SWZ i Umową) przy pomocy certyfikowanego urządzenia pomiarowego posiadającego aktualny certyfikat, którego koszt najmu został ujęty w odrębnym punkcie. Obecność Wykonawcy (lub jego pracownika) w każdej z lokalizacji w trakcie uruchomienia łączy pozwala wykonać test bez ponoszenia dodatkowych kosztów poza najmem urządzenia;

5) Kwota, do której odnosi się pytanie nr 5 Zamawiającego dotyczy wyłącznie kosztu ponoszenia zapewnienia SLA przez poddostawcę na poziomie 4 godzin, jednak Wykonawca w dalszym ciągu podtrzymuje zapewnienie SLA na poziomie 1 (jednej) godziny (por. nb. 13 Uzasadnienia Wyjaśnień Wykonawcy). Wykonawca wskazuje, że niezależnie od zapewnienia SLA przez poddostawcę Wykonawca zobowiązuje się zapewnić oferowane SLA, koszt przewidziany w tym zakresie przez Wykonawcę stanowi swoiste zabezpieczenie Wykonawcy, a tym samym Zamawiającego;

6) Pojęcie Okres Obowiązywania został przyjęty w rozumieniu § 3 ust. 1 odpowiednio pkt 1 i 2 Umowy, przy czym oczywistym jest, że obejmuje on wszelkie wymagania stawiane przez SWZ oraz Umowę, w tym przekazanie Zamawiającemu nowo uruchamianych łączy na minimum 7 dni kalendarzowych przed terminem rozpoczęcia dzierżawy celem ich sprawdzenia, przeprowadzenia testów funkcjonalnych i przygotowania do podłączenia urządzeń Zamawiającego, o których mowa w § 3 ust. 4 Umowy”.

W tym piśmie w jego punkcie 3 zamieścił także potwierdzenie uprawnionego pełnomocnika Orange Polska S.A., co do testów i zasad płatności

Zdaniem Izby wyjaśnienia są adekwatne do treści wezwań skierowanych do wykonawcy TMF przez Zamawiającego. Odpowiadają na konkretne zagadnienia podnoszone w tych wezwaniach. Konkretnie są także dowody jakie przedstawił wykonawca. W szczególności przedłożona kalkulacja, w której wykonawca prezentuje koszty wykonania zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że w stosunku do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (kwoty 3 335 697,27 zł) wartość ceny całkowitej oferty wykonawcy TMF stanowi nieco powyżej 74%. Odwołujący w odwołaniu, ani na rozprawie, nie przedstawił w jakiej kwocie oferta Uczestnika TMF jest niedoszacowana. Co prawda wymienia wskazane 4 obszary, ale argumentacja została oparta na hipotetycznych założeniach wykonawcy Orange, w szczególności związanych z brakiem rozstrzygnięcia tego przetargu i terminami realizacyjnymi Części I przedsięwzięcia. Niewątpliwie określony w art. 537 Pzp ciężar dowodu, który w pierwszej kolejności dotyczy Uczestnika TMF, nie zwalnia również Odwołującego od skonkretyzowanego przedstawienia argumentacji w przypadku podnoszenia zarzutu co do wystąpienia jego zdaniem rażąco niskiej ceny u konkurencyjnego wykonawcy. Wykonawca Orange twierdzenia związane z kwestionowaną ceną oferowaną przez wykonawcę TMF oparł – jak już wyżej wskazano - na braku uwzględnienia przez tego wykonawcę w kalkulacji hipotetycznych kar umownych, związanych z naruszeniem terminu uruchomienia usług, ich instalacji czy braku zapewnienia SLA na poziomie 1 godziny, a także braku wyceny ryzyk związanych z wypowiedzeniem przez Zamawiającego zawartej umowy na świadczenie usług.

Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że kary umowne cytowane w odwołaniu za § 9.1 projektu umowy związane są ze zwłoką wykonawcy. W myśl tych postanowień:

1. Zamawiający ma prawo naliczenia kar umownych:

2) w razie nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę w inny sposób niż poprzez zwłokę w rozpoczęciu świadczenia usługi lub przerwy w świadczeniu usługi, Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną naliczoną osobno dla każdej z relacji, której dotyczy powyższe nienależyte wykonanie umowy, (...).

3) w razie zwłoki przez Wykonawcę rozpoczęcia świadczenia usługi w stosunku do terminu umownego, Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną naliczoną osobno dla każdej z relacji, której dotyczy zwłoka, (...), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

4) w razie zwłoki przez Wykonawcę oddania nowo uruchamianego łączy, w stosunku do terminu, o którym mowa w § 3 ust. 4 umowy, Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną naliczoną osobno dla każdej z relacji, której dotyczy zwłoka, (...), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.”

Na gruncie przepisów kodeksu cywilnego zwłoka występuje tylko, gdy dłużnik ponosi odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania na czas, z przyczyn zawinionych przez dłużnika. Przepis art. 476 kodeksu cywilnego wprost odnosi się do różnicy pomiędzy zwłoką a opóźnieniem. W myśl tego przepisu: „Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”. Natomiast opóźnienie występuje, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązania z przyczyn od siebie niezależnych.

W odwołaniu Odwołujący w zakresie braku gwarancji terminu uruchomienia usług i czasu jaki podwykonawca Orange Polska potrzebuje na przygotowanie infrastruktury pod świadczenie usług podał: (...) *Dokumenty przedstawione przez TMF nie wskazują na fakt, że TMF otrzymał od podwykonawcy niezbędne gwarancje terminowego uruchomienia usług wynikających z założeń SWZ (termin uruchomienia usług powodujących ich ciągłość świadczenia) - które wraz z przedłużającą się procedurą wyboru wykonawcy w Postępowaniu mogą mieć kluczowe znaczenie dla ostatecznej kalkulacji ceny oferty TMF chociażby pod względem zabezpieczenia środków z tytułu kar za nieterminowe uruchomienie usług. Odwołujący - jako właściciel infrastruktury, z której wykonawca TMF zamierza skorzystać, dysponuje dokładną wiedzą o braku kompletnych warunków technicznych we wszystkich lokalizacjach objętych przedmiotem zamówienia, a także – co istotne – o konieczności wykonania inwestycji w 3 lokalizacjach Zamawiającego: (...)*

W odniesieniu do tych zagadnień Zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawcę TMF określonych dowodów. Z kolei twierdzenia wykonawcy Orange nie zostały poparte żadnym dowodem, że to poddostawca łączy Orange będzie wykonywał oprócz dostawy także prace inwestycyjne w całości. Uczestnik TMF w tym przypadku podał w piśmie z dnia 24.06.2024 w jego punkcie 19 (...), że *niezbędną infrastrukturę zasobami i siłami własnymi, co pozwoli zdecydowanie skrócić czas niezbędny do wykonania infrastruktury do minimum, pozwalając uruchomić wszelkie łącza w terminie. Jako, że Przystępujący nie będzie musiał zatrudniać podwykonawców do wykonania prac związanych z wykonaniem infrastruktury do miejsca przyłącza udostępnianego przez Orange Polska S.A. - HURT, Przystępujący będzie mógł niezwłocznie po zakończeniu przetargu oraz wyborze oferty przystąpić do wykonania niezbędnych prac, które przy odpowiednim zaangażowaniu zasobów ludzkich i sprzętowych (użycie koparki, zamiast prac ręcznych oraz innych odpowiednich narzędzi) zakończą się terminie przewidzianym w Ogłoszeniu, bez zwłoki po stronie Przystępującego, pozwalającym uruchomić każdy z punktów*.

Izba zwraca również uwagę na punkt 17 tego pisma, w którym wykonawca TMF podaje, że (...)Orange w swoich rozważaniach pomija nader istotny fakt, że Orange zleca wykonanie taki przyłączy podwykonawcą – m.in. takim podmiotom jak Przystępujący (...). Ta okoliczność nie została przez Odwołującego Orange zakwestionowana w toku rozprawy.

Także w zakresie tych kwestii warto zwrócić uwagę na pytanie i odpowiedź Zamawiającego na pytanie 2 z pisma z dnia 2.01.2024 r.: „Pytanie nr 2: Czy Zamawiający dopuści tymczasowe świadczenie usług w oparciu o rozwiązania radiowe w okresie 6 miesięcy liczone od daty podanej w załączniku nr 8 w tabeli nr 1 kolumna okres dzierżawy. Wykonawca wnioskuje dodatkowo, aby tymczasowe rozwiązanie mogło być zastosowane w 10 % lokalizacji. Przewidziany przez Zamawiającego okres od podpisania umowy do dostarczenia usług, przez Wykonawcę, z którym została podpisana umowa jest wystarczający do realizacji. Jednak dla pojedynczych lokalizacji okres ten może zostać wydłużony ze względu na niezbędne uzgodnienia, o których Wykonawca mógł nie wiedzieć w momencie składania oferty.

Odpowiedź: Zamawiający dodaje pkt 1 w części I do załącznika nr 8 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w zakresie: 1. Zamawiający dopuszcza tymczasowe świadczenie usług w oparciu o różne rodzaje medium transmisyjnego w parametrach pasma minimalnego zgodnie z tabelą nr 1 przez okres pierwszych 6 miesięcy liczonych od dnia 01.08.2024r.”

W punkcie 20 pisma z 24.06.2024 r. wykonawca TMF potwierdza, że (...)przewidział w swojej ofercie możliwość świadczenia usług objętych Zamówieniem, na wypadek opóźnień niezależnych od Przystępującego, w sposób przewidziany w wyjaśnieniach pytania 2 udzielonych przez Zamawiającego w dniu 02 stycznia 2024 r. (w załączeniu wraz z ofertą poddostawcy dla przykładowych lokalizacji)”.

W odniesieniu do terminu niezbędnego na instalację usługi zarzut ten wykonawca Orange także odnosi do braku przewidzenia w budżecie przez TMF kosztów z tytułu kar umownych. Podaje bowiem *Analiza wyjaśnień udzielonych przez TMF wskazuje, że wykonawca ten przyjął założenie, iż w celu uruchomienia usług będących przedmiotem zamówienia realnie potrzebne jest około 2 miesięcy. Jednocześnie TMF nie uwzględnił w kalkulacji ceny kosztów ewentualnej zwłoki w terminie uruchomienia, kosztów ewentualnego przyspieszenia (o ile jest to możliwe), ani też kar z tytułu nieterminowego uruchomienia usług Wykonawca.*

W tym przypadku Izba stwierdza, że z wyjaśnień składanych przez wykonawcę TMF wynika, że wykonawcą możliwości – z uwagi na zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę - zwiększenia zaangażowania zasobów skierowanych do realizacji zamówienia. Jak podał w pkt 22 pisma z dnia 24.06.24: (...) *nawet dwukrotne przekierowanie zasobów nie wiąże się jednoznacznie z ponoszeniem dwukrotnie wyższych kosztów, ponieważ odpowiednia organizacja pracy, przypisywanie określonych zasobów i łączenie brygad ze sobą pozwala zminimalizować wzrost ponoszonych wydatków pomimo wzrostu zaangażowania, co w swoich rozważaniach również pomija Orange, co może ponownie świadczyć o braku odpowiedniego logistycznego przygotowania po stronie Odwołującego do realizacji zamówienia, wbrew czynionym zarzutom wobec przystępującego*”.

Odnosnie okresu trwania umowy i ryzyk jej wypowiedzenia wykonawca Orange powołał się na § 12 ust.1 projektu

umowy zgodnie z którym: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość wcześniejszego wypowiedzenia niniejszej umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia, od momentu złożenia pisemnego wniosku przez Zamawiającego”.

W tym przypadku wskazał, że (...)Dotychczasowa praktyka, w której to Komendy Wojewódzkie Policji samodzielnie organizowały postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi związane z zapewnieniem łączы telekomunikacyjnych, ma się zakończyć już niebawem, a postępowania na usługi sieci transmisji danych mają być w formie skonsolidowanej ogłaszane i realizowane przez (...) Komendę Główną Policji.”Powołał się na ogłoszenie Komendanta Głównego Policji o prowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych dotyczących: „Centralizacji zakupu usługi dzierżawy łączы telekomunikacyjnych eksploatowanych przez Policję dla potrzeb Jednostek Szczębla Podstawowego na terenie Kraju”i na Zaproszenie Komendanta Głównego Policji na spotkanie w ramach wstępnych konsultacji rynkowych pn. „Centralizacja zakupu usługi dzierżawy łączы telekomunikacyjnych eksploatowanych przez Policję dla potrzeb Jednostek Szczębla Podstawowego na terenie kraju”. W ogłoszeniu z 4.04.2024 r. podano:

”1. Celem wstępnych konsultacji rynkowych jest rozeznanie rynku oraz poznanie dostępnych na rynku rozwiązań i aktualnych cen pod kątem centralizacji zakupu usługi dzierżawy łączы telekomunikacyjnych eksploatowanych przez Policję dla potrzeb Jednostek Szczębla Podstawowego na terenie kraju. Zamawiający oczekuje przedstawienia rozwiązań, które może wykorzystać do opisu przedmiotu zamówienia.

2. W toku wstępnych konsultacji rynkowych Zamawiający jest uprawniony do ograniczenia lub rozszerzenia zakresu przedmiotu konsultacji do wybranych przez siebie zagadnień, o ile w jego ocenie pozwoli to na uzyskanie wszystkich istotnych informacji dla planowanego postępowania o udzielenie Zamówienia”.

W zaproszeniu z dnia 29.04.2024 r. skierowanym do wykonawcy Orange powtórzono opisane powyżej cele. W opisie przedmiotu zamówienia – zał. do wskazanych dokumentów – wskazano „Centralizacja zakupu usługi dzierżawy łączы telekomunikacyjnych eksploatowanych przez Policję dla potrzeb Jednostek Szczębla Podstawowego na terenie kraju ma być alternatywą dla obecnie realizowanego pozyskania łączы dla przedmiotowych jednostek Policji. Biuro Łączności i Informatyki.”

Przede wszystkim z załączonych do odwołania dowodów nie wynika w jakim terminie Komendant Główny Policji planuje wdrożyć projekt „Centralizacji zakupu usługi dzierżawy łączы telekomunikacyjnych eksploatowanych przez Policję dla potrzeb Jednostek Szczębla Podstawowego na terenie Kraju”. Także z tych dokumentów nie wynika stopień zaawansowania przedsięwzięcia wskazujący na realne ryzyko rozwiązania projektowanej umowy. Projektowana umowa w tym przetargu, w którym dokonano już wyboru najkorzystniejszej oferty, ma być zawarta na okres 36 miesięcy. Z kolei projekt „Centralizacji zakupu usługi dzierżawy łączы telekomunikacyjnych eksploatowanych przez Policję (...) jest to etap jak wskazano w ogłoszeniu i zaproszeniu wstępnych konsultacji, który ma na celu rozeznanie rynku – tak jak pozwala art. 83 ustawy Pzp i nie stanowi z pewnością wszczęcia jakiejkolwiek procedury przewidzianej przepisami ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem jego ust. 3 pkt 3) ta analiza będzie także służyć (ma być pomocna) ustaleniu przewidywanego trybu udzielenia zamówienia. Mając zatem na uwadze te ustalenia trudno nie zgodzić się z Uczestnikiem TMF (pkt 29 pisma z 24.06.24), że: (...)mając na uwadze skalę przedsięwzięcia, jakiejkolwiek konkluzje ze spotkań nie zapadną szybciej niż za 6 miesięcy, a samo przygotowanie dokumentacji przetargowej z uwagi na wagę oraz zakres inwestycji nie potrafa krócej niż 12 miesięcy. Natomiast patrząc przez pryzmat niniejszego postępowania które trwa już ponad pół roku, a obejmuje wyłącznie jedno województwo, ciężko sobie wyobrazić, żeby co najmniej szesnastokrotnie większy przetarg trwał krócej (obejmujący wszystkie 16 województwo). Więc nawet zakładając powstanie okoliczności mogących przemawiać za wcześniejszym rozwiązaniem umowy z uwagi na centralizację łączы, najszybszy realny termin to 21 miesięcy, które w obecnie panujących realiach geopolitycznych również jawi się jako zbyt optymistyczny, z uwagi na wyzwania logistyczne z jakim będzie wiązało się ww. przedsięwzięcie”.

Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniami Orange koniecznego uwzględnienia w cenie łącznej oferty złożonej w tym przetargu finansowych konsekwencji poniesionych przez wykonawcę TMF w przypadku wcześniejszego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego, w tym uwzględniających koszty związane z rozwiązaniem umowy z poddostawcą. Tu podobnie, Odwołujący Orange nie wskazał jakiej kwoty miałyby to dotyczyć.

Odnosnie zapewnienia SLA na poziomie 1 godziny wykonawca Orange wskazał, że Uczestnik TMF (...nie posiada od podwykonawcy będącego właścicielem sieci oferty na zaoferowane w ofercie usługi SLA na poziomie 1 godziny. W takiej sytuacji koniecznym jest uwzględnienie w kalkulacji ceny ryzyka związanego z zapłatą kar za niedotrzymanie parametrów świadczenia usług”. Wskazał na § 9 pkt 5 umowy podnosząc, że „Z udzielonych przez TMF wyjaśnień, ani z przedłożonych dowodów nie wynika, że TMF posiada ofertę od Orange Polska z zobowiązaniem, że podwykonawca pokryje koszty przedłużającej się awarii zgodnie z karami określonymi we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SWZ. Jeżeli podwykonawca nie zadeklarował przejęcia takich kar, to kara w wysokości 25 zł za każdą godzinę awarii będzie naliczana do momentu zakończenia awarii, co dodatkowo obciąży wykonawcę TMF”.

Isba stwierdza, że mając na uwadze art. 463 ustawy Pzp wykonawca nie ma obowiązku przewidywania w umowach z podwykonawcami kar umownych. W myśl wskazanego przepisu: „Umowa o podwykonawstwo nie może

zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą."

Tym samym umowy z podwykonawcami, w świetle tego przepisu tylko w stricte określonym zakresie (kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia) nie mogą być ukształtowane, ale tylko w mniej korzystny dla nich sposób niż to wynika z umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą. Natomiast w przypadku nienależytego wywiązywania się przez Poddostawcę z warunków Umowy – jak podał Uczestnik TMF -odpowiada on w pełni za powstałą po stronie wykonawcy ewentualną szkodę na tzw. zasadach ogólnych wynikających z Kodeksu cywilnego (art. 415 k.c. w zw. z 471 k.c.).

Wykonawca TMF w wyjaśnieniach z 2.04.2024 (w tym pkt 13) oraz z 15.04. 2024 r. jak i w piśmie procesowym z dnia 24.06.2024 r. potwierdził zapewnienie SLA na poziomie 1 godziny. Wskazał m.in., że dysponuje ukierunkowanym i wyspecjalizowanym zapleczem technicznym w ramach zapewnienia ciągłości świadczenia usług, a zamawiający w przypadku awarii zgłaszając zdarzenie łączy się bezpośrednio z osobą ze strony wykonawcy posiadającą pełen dostęp do systemu, odpowiednio wykwalifikowaną, potrafiącą zareagować natychmiast, bez konieczności przełączania pomiędzy infolinią a działem technicznym operatora, co znajduje bezpośrednie przełożenie na ciągłość zapewnienia usług. Wykonawca Orange poddając w wątpliwość możliwość samodzielnego przyjmowania zgłoszeń i usuwania awarii na sieci, której TMF nie jest właścicielem, nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu. Nie przedstawił także dowodu przeciwnego, że w ponad 95% przypadków awarii – co wykonawca TMF ocenił z perspektywy wieloletniego doświadczenia na rynku usług telekomunikacyjnych - można rozwiązać poprzez sprawny kontakt z klientem, ponieważ wynikają one z problemów powstających w miejscu docelowym, które to awarie nie wymagają dojazdów, a wyłącznie posiadanie odpowiednich kompetencji przez osobę przyjmującą zgłoszenie z pominięciem złożonej, wielostopniowej infolinii wymagającej zatrudnienia sztabu ludzi.

W konkluzji Izba stwierdza, że podnoszone w odwołaniu zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Izba zwraca uwagę, że w zakresie wskazanych obszarów Odwołujący formułując zarzut oscyluje wobec braku wykazania w kalkulacjach kar umownych oraz kosztów rozwiązania umowy. Jednakże nie poparte dowodami twierdzenia wykonawcy Orange co do braku uwzględnienia takich kosztów nie pozwalają również na ewentualną ocenę wpływu braku tych elementów na cenę oferty wykonawcy TMF. Trudno również nie zgodzić się z Uczestnikiem TMF, że przypisywany wykonawcy brak uwzględnienia w ofercie hipotetycznych kar umownych sprowadza się do sytuacji, w której Zmawiający w przyszłości sam sobie płaciłby kar umowne, które naliczyłby Wykonawcy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) (rozporządzenie) oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 tego rozporządzenia.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....